This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

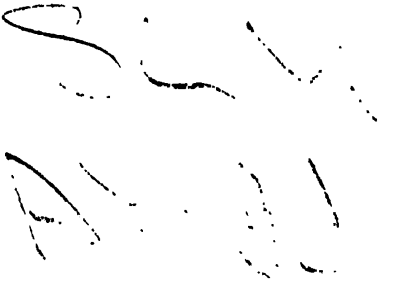
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



Untersuchungen

aus

dem Gebiete

der Strafrechtswissenschaft

von

Dr. Julius Friedrich Heinrich Abegg,

ordentlichem Professor der Rechte an der Königlichen Universität zu Breslau.

Breslau,

im Verlage bei Josef Max und Komp.

1830.

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
304614
ASTOR, LENOX AND
TILDEN FOUNDATIONS
R L

Vorrede.

Die Abhandlungen, welche ich den Freunden unserer Wissenschaft zur wohlwollenden Aufnahme vorlege, sind eine Auswahl von mehreren und zum Theil in Verbindung stehenden Untersuchungen, die ich seit einigen Jahren über Gegenstände des Strafrechts in weiterer Bedeutung angestellt habe. Die nächste Bestimmung derselben ist für meine Zuhörer, um diesen nicht nur über die durch den Titel bezeichneten Lehren, sondern auch über viele andere, zu deren Behandlung der Gang der Untersuchung führte, meine Ansichten in größerer Ausführlichkeit mittheilen zu können, und so den Vortrag nach meinem System zu vervollständigen. In dieser Hinsicht kann ich dafür, daß gerade diese jetzt erscheinen, andere aber zu späterm Gebrauch und weiterer Durcharbeitung zurückgelegt worden sind, nur äußere Gründe angeben. Jedoch hat mich auch die Hofnung ermuthigt, durch meine, wenn auch unvollkommene Versuche, der Wissenschaft etwas nützen zu können, und das Gefühl der Pflicht, in solcher Hofnung auch thätig zu seyn. Daher habe ich solche Lehren gewählt, bei denen theils neuere verdienstliche Leistungen Anderer noch immer der wissenschaftlichen Forschung Raum ließen, sey es, um andere Resultate zu rechtfertigen, oder die anerkannten mit neuen Gründen zu unterstützen, theils welche geradezu noch einer eigentlichen, im vollen Umfange bisher vermißten Bearbeitung zu bedürfen schienen, was insbesondere der Fall bei der zweiten war; und bei denen zugleich das jetzt sich regende legislative Interesse berücksichtigt

*

wurde. Der Zustand der Wissenschaft in unserer Zeit, legt, meiner Ansicht nach, dem Einzelnen die Pflicht auf, sie nach allen ihren verschiedenen Seiten, so weit diese sich als nothwendige geltend machen, anzuerkennen, keine derselben unbeachtet zu lassen, und sich von dem Wahne frei zu halten, durch eine entgegengesetzte einseitige Behandlung auf die erforderliche, gründliche und gerechte Weise, eine Widerlegung, oder den Beweis der Verwerflichkeit anderer geliefert zu haben.

So wenig ich den Werth des Strebens, auch nach einer bestimmten ausschließlichen Seite, verkenne — ich habe mehrmals bei den hier herrschenden Controversen über die Behandlung des Criminal-Rechts meine Ansicht ausgesprochen, daß jede von würdiger Gesinnung ausgehende Leistung, als ein Beitrag zum Ganzen anzuerkennen sey, und mehr als Beiträge zu liefern verbietet die dem Einzelnen eigene Beschränkung, nach innern und äußern Rücksichten — so sehr bin ich überzeugt, daß ein Versuch allgemeiner und allseitiger Behandlung, wenigstens deshalb allein, noch keine Vorwürfe verdiene, und, wenn wir nur eine Wissenschaft, nur ein Recht, in verschiedenen nothwendigen Gestaltungen und geschichtlichen Formen anerkennen, so vermag ich mich immer noch nicht von der Nothwendigkeit zu überzeugen, daß z. B. Philosophie und Geschichte einander, und beide dem praktischen Recht feindlich gegenübertreten müßten, und habe stets für die durch den Begriff gebotene Vereinigung und Vermittelung gesprochen. Was sich mir bei unpartheiischer Verfolgung und Theilnahme an dem Gang unserer wissenschaftlichen Entwickelung als unvereinbarer Gegensatz gezeigt hat, schien mir mehr in Individuen, in persönlichen und andern Mißverständnissen, ja selbst in gutem, aber sich vom wahren Ziel entfernenden Eifer, als in der Sache selbst zu liegen, und ich darf es mit Beruhigung gestehen, daß, so wie ich in dieser Hinsicht die Vereinigung für mich herzustellen gesucht habe, so auch keine Persönlichkeit mich zum Gegner irgend einer besondern Richtung gemacht, und daß ich jeder, wo ich es der Sache nach gekonnt, die ihr gebührende Gerechtigkeit

ſtets habe wiederfahren laſſen. Ohnedem bedingt der Stoff zum Theil auch die Seite der Behandlung, welche die vorherrſchende ſeyn muß, und ſo iſt auch in einzelnen Theilen meiner Verſuche bald der philoſophiſche, bald der hiſtoriſche, bald der praktiſche und legislative Geſichtspunkt mehr hervorgehoben. Erſteres und letzteres gilt namentlich von der erſten und dritten Abhandlung. Jene, die ſeit längerer Zeit ausgearbeitet, und zur Aufnahme in das Archiv beſtimmt war, behielt ich zurück, als ich mich entſchloß, mehrere Abhandlungen zugleich erſcheinen zu laſſen: ſie wird auch jetzt, wo ſeitdem der Gegenſtand auch von Andern beſprochen iſt, hoffentlich nicht ganz unwillkommen ſeyn. Der Gegenſtand der zweiten Abhandlung, deren größerer Umfang mich nöthigte, andere für jetzt zurückzuhalten, geſtattete und gebot aber eine Erörterung nach allen den Seiten, die ich in der Abhandlung über die wiſſenſchaftliche Darſtellung des Criminal-Rechts, in ihrem innern Zuſammenhang zu rechtfertigen verſucht habe. Die durch fortgeſetzte Studien und die Erfahrung in meinen Vorträgen noch mehr beſtätigte Ueberzeugung, hat ſeitdem auch eine bedeutende Stütze erhalten, in der mir von geachteten Gelehrten, theils öffentlich, theils in Briefen mitgetheilten Zuſtimmung, und wenn ſich auch Stimmen dagegen erhoben haben, ſo iſt mir die Anerkennung von Biener, als eines Kenners, entſcheidend genug, um namentlich die Geſchichte als ein weſentliches Glied jener Verbindung feſtzuhalten, wie denn auch Roßhirt's neueſtes Werk erfreulich zeigt, daß dieſe für die Gewinnung praktiſcher Reſultate unentbehrlich ſey. Doch iſt auch darüber im Ganzen weniger Streit, als über das Verhältniß der Philoſophie zu den andern Theilen, weil dieſe nicht auf eine ſolche Art, wie das Poſitive, allgemeine Zugeſtändniſſe erlangt, die ſie auch nicht fordert, weil gewiß darüber, daß die Philoſophie in nothwendiger Beziehung mit dem Beſtehenden und Geltenden ſtehe, weniger verſchiedene Anſichten herrſchen — jedes Lehrbuch ſpricht wenigſtens in den §§. über ſ. g. Hülfskenntniſſe auch Ehrenhalber von Philoſophie, die meiſten auch von vergleichendem Rechtsſtudium, von der Nothwendigkeit der Kenntniß fremder Geſetzgebungen ꝛc. — als viel-

mehr über das, was hier Philosophie sey. Diese muß aber ihren Beweis in sich selbst haben, sie kann ihn nicht von Außen entnehmen, und darin liegt die Schwierigkeit gegenüber solcher Darstellung, die sich durch Belege aus Quellen anderer Art zu legitimiren vermag. Ich will in Ansehung des geschichtlichen und vergleichenden Rechts-Studiums die mögliche Uebertreibung nicht leugnen, ich will zugeben, daß eine zu weite Ausdehnung nach der Breite, vielleicht auf Kosten der Tiefe und Gründlichkeit der einzelnen Parthieen statt finden könne, aber ich habe auch darüber schon erklärt, daß der Vorwurf wieder die Individuen treffe. Indeß ist es doch nicht zu billigen, daß, während die allgemeine Behandlung so in Lehrbüchern empfohlen wird, man es oft tadelt, wenn sich Jemand auch zur Anwendung solcher Grundsätze entschließt; und die Nachweisung der Irrthümer und Mängel, die der, dem es Ernst ist mit der Wissenschaft, dankbar aufnehmen wird, wenn sie einen wirklichen Inhalt und eine passende, wahrhaft wissenschaftliche Form hat, — diese Nachweisung ist ja auch bei jeder Behandlung die nur nach einer Seite erfolgt, möglich, ohne daß dadurch allein jener oder dieser, als Methode ihr Werth entzogen wird. Man giebt auch wohl zu, daß die Wissenschaft des Rechts überhaupt, und auch des Strafrechts, noch eine höhere Bedeutung an sich habe, als gerade das geltende gemeine Recht festzustellen; sie nimmt dieses nothwendig in sich auf, und ist die innere Verbindung zwischen Gesetzgebung und Praxis, aber nicht blos zwischen ihnen, sondern über ihnen stehend, und eben so in beiden zugleich mit enthalten — sie geht aber auch weiter, und ist nützlich, ohne die Nützlichkeit selbst zum Zweck zu haben, weil sie ihr eigner Zweck ist, und sich daher auf das Bedürfniß des s. g. Berufsstudium oder der individuellen Absichten nicht beschränken kann.*)

---

*) Hiefür bedarf es bei dem wissenschaftlichen Sinn deutscher Rechtsgelehrten der verschiedensten Richtungen keiner weitern Ausführung, gegen den möglichen Widerspruch weniger. Die neue, von Mittermaier und Andern eröffnete Zeitschrift für Rechts-

Dieß veranlaßt mich, über die zweite Abhandlung insbesondere noch einige Bemerkungen hier zu machen. Sie hat zwar eine besondere Lehre, die freilich in den Compendien nur kurz berührt zu werden pflegt, aber von hohem praktischen Interesse ist, zum Gegenstand, dieser konnte aber nicht anders gründlich erörtert werden, als in der Art, daß bei dem nothwendigen historischen Standpunkte, der für die letzte dogmatische Untersuchung anzunehmen war, zugleich ein allgemeines Eingehen in die geschichtliche Bildung des Begriffs der Strafe und des Strafrechts bei den Römern und Germanen statt finden mußte, wiewohl ich zur Entschuldigung der theilweisen Unvollständigkeit anführen muß, daß die allgemeine Betrachtung doch wieder nur in specieller Berücksichtigung des besondern Gegenstandes der Untersuchung erfolgte, und dadurch eine absichtliche Beschränkung eintrat, die außerdem bei einem andern Plane nicht statt gehabt hätte. Eine solche Beschränkung war hier aber um so nothwendiger, als der Reichthum des Stoffes, besonders des Germanischen Rechtes und das hohe Interesse, welches mir das Studium der Quellen unseres alten Rechts gewährte, eine dringende Aufforderung wurde, über den ursprünglichen Plan hinauszugehen.*) In diesen alten Volksrechten findet man den Schlüssel zu gar mancher Bestimmung der P. G. O., namentlich wenn man nicht gerade einzelne Sätze dabei im Auge hat — und selbst für diese läßt es sich zuweilen mit Bestimmtheit nachweisen, — sondern wenn man den Total-Eindruck und die Grund-Principien festhält, und wie sehr auch später in manchen Lehren das Römische Recht vorherrschend

---

wissenschaft des Auslandes, ist in der Geschichte unseres Studiums eine auch darum so bedeutende Erscheinung, weil sie die Anerkennung enthält, daß die Wissenschaft und wahrhafte umfassende Bildung des Rechtsgelehrten, über jenen beschränkten und untergeordneten Rücksichten stehen.

*) Ich muß es dankbar erwähnen, daß die öftern Unterredungen mit meinem Collegen Gaupp, über Gegenstände des Altgermanischen Rechts, mir förderud gewesen sind.

wird, so müßte es doch unerklärlich scheinen, wenn die P. G. O., nach der Bestimmung, die sie hatte, in ihrem Verhältniß zu dem hergebrachten Recht, Gewohnheit und Praxis, außer aller Verbindung mit eigenthümlich deutschen Rechtsgrundsätzen stehen sollte, so daß auch alle die unsichtbaren, deßhalb aber doch dem geschichtlichen Forscher nicht verborgen bleibenden Fäden, auf einmal sollten abgeschnitten seyn. Diese zu erkennen, und den Zusammenhang, wo er unterbrochen ist, wieder herzustellen, ist aber gerade die Aufgabe der Wissenschaft — eine Aufgabe, die sich in unsrer Zeit dringender gestellt findet, wo die Bedeutung des historischen Rechtsstudiums von Allen im Wesentlichen anerkannt ist, da die hier vorkommenden Controversen sich meist auf anderes beziehen, als auf die Richtigkeit der Grundansicht. Was aber den Inhalt der Untersuchung betrifft, so habe ich es versucht, die noch von manchen Gelehrten, wie von Gesetzgebungen, zu weit ausgedehnte Behauptung der Rechtmäßigkeit gewisser Tödtungen zu widerlegen. Wenn dabei das subjektive Gefühl die Befriedigung hat, eine Bestätigung im Resultate der Forschung zu finden, so darf man sich nicht verhehlen, daß hier eine Täuschung, eine gewisse Befangenheit möglich sey, wonach man leicht zu finden glaubt, was man sucht. Mögen billige Beurtheiler prüfen, ob dieß hier der Fall war; ich darf es ohne Anmaßung sagen, daß ich die Quellen unpartheiisch gewürdigt, und daß ich bei der Auslegung derselben keiner Stelle Gewalt angethan habe, um einen Sinn in sie hineinzulegen, der nicht in ihr selbst und im Zusammenhang des bestimmten positiven Rechts enthalten wäre. Eine wichtigere Bestätigung, nicht nur der Resultate, sondern auch der Methode der Untersuchung lag für mich darin, daß hier Philosophie, das geschichtliche Recht und das darauf beruhende dogmatische, in ihren letzten Ergebnissen übereinstimmten, und daß, was vornehmlich zu beachten ist, diese sich den Grundsätzen des Christenthums vollkommen anschließen, wie ich denn auch versucht habe, den Einfluß christlicher Lehre auf die einheimischen Rechtsansichten, wie er sich, allmählig immer entscheidender hervortretend, geäußert hat, nachzuweisen. Es ist hier nicht der

Ort ausführlicher darzuthun, was jetzt doch auch Viele zugeben, ohne deshalb den Charakter von Juristen zu verleugnen, daß unserm Recht auch jene höhere Seite nicht fremd seyn soll, daß diese, wenn eine Beziehung religiöser Grundsätze auf weltliche Angelegenheiten statt findet, wie es der Fall seyn muß, sich auch im Rechtsgebiet äußern müsse, und daß, wo ein Widerspruch zum Vorschein kommt, diesen zu versöhnen, die Aufgabe der Geschichte, des Lebens und der Wissenschaft sey.*) Eine Verwechslung der auch in der Form verschiedenen Sphären liegt in solcher Behauptung und deren Anwendung, so wenig, als dadurch verkannt wird, daß außer dem Kreise, wo sich beide berühren und gegenseitig durchdringen, auch jede derselben noch ihr selbstständiges nach einer andern Seite weiter hinausliegendes Gebiet habe, wie überhaupt die Einheit von Kirche und Staat nicht eine unmittelbare seyn kann, sondern eine vermittelte seyn muß, wonach die Unterschiede frei hervortreten, aber weil sie keine Gegensätze sind, sich auch in einem bestimmten Verhältnisse zu einander thätig äußern, worauf aber noch politische und nationale ꝛc. Bedingungen Einfluß haben. Außer dem Kirchen- und Staats-Recht ist kein Theil des positiven Rechts, der mehr als das Strafrecht eine solche Betrachtungsweise erfordert. Darin liegt das hohe Interesse, die Wichtigkeit und die Schwierigkeit einer Wissenschaft, der man durch bloße s. g. Rechtskenntnisse, durch das, was aus den Gesetz-Urkunden gelernt wird, allein noch nicht gewachsen ist. Man kann scharfsinnige Auslegungen liefern, ohne ein Rechtsgelehrter im wahren Sinne zu seyn, wozu noch eine, durch manche andere Uebung und Kampf zu erwerbende Gediegenheit der Gesinnung gehört. Dieser, einer solchen Rechtswissenschaft, wie sie Ulpian in L. 1. §. 1. D. de J. et J. definirt, nachzustre-

*) Wenn Hieronymus Epist. 50. von seiner Zeit sagt: Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi, aliud Papinianus, aliud Paulus noster praedicat; so sind wir denn doch über solchen Gegensatz in unserer Zeit weiter hinaus, und dürfen mit voller Beruhigung dieses erkennen, und in die Zukunft hoffend blicken.

heu, ist das Ziel welches wir uns setzen müssen. Möchte es mir gelungen seyn, einen Beweis der Annäherung in meinen Versuchen gegeben zu haben.

Geschrieben im Dezember 1829.

Inhalt.

Erste Abhandlung.

Beiträge zur Erörterung der Frage, ob eine verwirkte Strafe, die dem Schuldigen nicht als Uebel erscheint, blos deshalb in eine andere verwandelt werden könne oder müsse. S. 1

Zweite Abhandlung.

Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen.

§. 1. Einleitung. . . . . S. 55
§. 2. Plan der folgenden Darstellung. . . . 57
Erste Abtheilung. Allgemeine oder philosophische Widerlegung der Lehre der angeblich straflosen Tödtungen.
§. 3. Vorerinnerung. 60
Einzelne Fälle: I. Aufhebung des eignen Rechts durch den Willen der Person. §. 4. 1) In Beziehung auf Andere. 62
§. 5. 2) In Beziehung auf sich selbst. . . . 72
II. Aufhebung des Rechts von Seiten des Staats. §. 6. 1) In Beziehung auf den Gegenstand der Verletzung. 78
§. 7. Angebliche Straflosigkeit der Verletzung der Rechtlosen. 81
§. 8. Einzelne Anwendungen. 85
2) In Beziehung auf das Subjekt der Verletzung.
§. 9. a) Ausnahmsweise erlaubte Selbsthülfe. . 89

§. 10. b) Zufolge rechtlichen Befehls. . . S. 90
§. 11. Nähere Bestimmung. 91
§. 12. Ausschließung nicht hierher gehöriger Fälle. 96
§. 13. Verbindlichkeit des Befehls. Erster Fall. 97
§. 14. Zweiter Fall. 98
§. 15. Praktische Resultate. 101
§. 16. Andere besondere Fälle. . . . 104
III. Eintreten eines Nothstandes. §. 17. 1) Von der Nothwehr. 107
§. 18. 2) Andere Fälle des Nothstandes. . . 116
§. 19. Resultat. 121

Zweite Abtheilung.

Geschichtliche Betrachtung der Lehre der straflosen Tödtungen.

§. 20. Einleitung. 122
Erster Abschnitt. Römisches Recht. §. 21. Allgemeiner Charakter des ältern Römischen Strafrechts. 123
§. 22. Historisch-systematische Uebersicht der einzelnen Fälle straffoser Tödtung. 124
I. Privat-Rache. §. 23. Deren Charakter im Allgemeinen. 126
§. 24. Beschränkung derselben. 128
§. 25. Historischer Charakter im Römischen Rechte. 130
§. 26. Von den Auslieferungen. 133
§. 27. Andere Fälle der Privat-Rache. . . . 138
§. 28. Vom nächtlichen Diebe. 141
Vom Ehebrecher. §. 29. Ueberhaupt. . . . 154
§. 30. Nähere Bestimmungen. Gemeinschaftliche für den zur Selbst-Rache Berechtigten. . . . 157
Besondere. §. 31. 1) Für den Ehemann. . . 165
§. 32. 2) Für den Vater. 168
§. 33. Vergleichung beider Fälle. 169
§. 34. Andere Beschränkungen. 173
§. 35. Folgerungen. 164
§. 36. Von dem Entführer. 175
II. Nothwehr. §. 37. Im Allgemeinen. . . . 180
§. 38. Einzelne Anwendungen. 183

III. Tödtung im Interesse des Staats und der Religion.
§. 39. Allgemeine Betrachtungen. . . . S. 186
Einzelne Fälle. §. 40. Tödtung des Verfehmten. „ 190
§. 41. Tödtung des Feindes des Vaterlandes. „ 198
§. 42. Tödtung des Proscribirten. . . . „ 202
§. 43. Tödtung des Ueberläufers. . . . „ 204
§. 44. IV. Von den aus dem Gewalt-Verhältniß abgeleiteten Tödtungs-Befugnissen. . . . „ 206
V. Von den variae causarum figurae.
§. 45. Allgemeine Bemerkungen. . . . „ 208
Einzelne Fälle. §. 46. Des zahlungsunfähigen Schuldners. . . . . „ 210
§. 47. Der Mißgeburt. . . . . „ 212
§. 48. Des Zwitters. . . . . „ 213
§. 49. Der Greise. . . . . „ 215
§. 50. Andere angebliche Fälle. . . . „ 216
§. 51. Schluß. Resultat der bisherigen Untersuchung des Römischen Rechts. . . . . „ 219
§. 52. Zweiter Abschnitt. Canonisches Recht. . „ 220
Dritter Abschnitt. Germanisches Recht. Einleitung.
§. 53. Vorerinnerung. . . . . „ 223
§. 54. Aeltester Charakter und Entwickelungsgang des Germanischen Strafrechts. . . . „ 225
§. 55. Von dem Fehde-Recht und den Compositionen. . . . . „ 226
§. 56. Weitere Untersuchung. Tödtung überhaupt ist kein Verbrechen, und deren Folge nur Wehrgeld oder Rache. . . . . „ 231
§. 57. Ausnahmen. Tödtungen ohne Wehrgeld. „ 232
§. 58. Rechtsverhältnisse Fremder. . . . „ 235
Beschränkungen des individuellen Rechts.
§. 59. 1) Durch Volksgewalt und Volksfrieden. „ 236
§. 60. 2) Durch Gottesfrieden. . . . „ 240
§. 61. 3) Durch den Einfluß der Geistlichkeit. „ 240
§. 62. 4) Durch die spätere weltliche Gesetzgebung. . . . . „ 242

§. 63. Uebergang zur Darstellung der Gründe und Fälle erlaubter Tödtung. . . . . S. 248
§. 64. Ueber deren Anordnung. 250
§. 65. Methode der Behandlung. 253

Historisch-systematische Uebersicht der einzelnen Fälle straffloser Tödtung.

Ueberhaupt und insbesondere von den Auslieferungen.

§. 66. I. Privatrache. 255
Andere Fälle. §. 67. 1) Der nächtlichen Diebe. 262
§. 68. 2) Der Ehebrecher. 269
§. 69. 3) Der Entführer und Menschenräuber. 276
§. 70. II. Nothwehr: Verhältniß zum Fehderechte. 279
§. 71. Selbstständige Bedeutung derselben. . 282

III. Tödtung im Interesse des Staats.

§. 72. Allgemeine Bemerkungen. 292
§. 73. Von den in der Acht Befindlichen. . 293
§. 74. Von den Heeresflüchtigen. 301

IV. Von der aus dem Gewaltverhältniß entspringenden Tödtungsbefugniß.

§. 75. Deren Betrachtung im Allgemeinen. . 302
§. 76. Insbesondere. 1) Ueber Unfreie. . . 305
§. 77. Ueber freie Familienglieder. a) Ueber die Ehefrau. 309
§. 78. b) Ueber die Kinder. 310
§. 79. Resultat. 314

V. Andere besondere Fälle straffloser Tödtung.

§. 80. Vorerinnerung. 315
1) Dem Römischen Rechte vergleichbare Fälle.
§. 81. a) Der zahlungsunfähigen Schuldner. . 316
§. 82. b) Der Mißgeburt. 321
§. 83. c) Des Greisen. 321
2) Eigenthümliche. §. 84. a) Des Kämpfers. 323
§. 85. b) Des Brandstifters. 327
§. 86. c) Des Tempelräubers. 328
§. 87. d) Des Flüchtigen. 328

§. 88. e) Des zu Verhaftenden und des zu Pfändenden. . . . . S. 330
§. 89. Resultat der bisherigen Untersuchung des Germanischen Rechts. . . . . „ 331

Dritte Abtheilung.
System des praktischen gemeinen Rechts.
§. 90. Einleitung. . . . . „ 333
§. 91. Plan des Folgenden. . . . . „ 334
§. 92. Standpunkt der peinlichen Gerichts-Ordnung in dieser Lehre. . . . . „ 335
§. 93. System der Bamberger Hals-Gerichts-Ordnung und der P. G. O. . . . . „ 336
§. 94. Verhältniß des neuern Rechts zu den frühern Grundlagen des Strafrechts. . . . „ 337
Prüfung der jetzt noch gesetzlichen Befreiungsgründe von der ordentlichen Strafe der Tödtung.
§. 95. Von der Nothwehr. 340
Andere Fälle außer der Nothwehr.
§. 96. 1) Tödtung wider des Thäters Willen. . „ 342
§. 97. 2) Mit seinem Willen. . . . . „ 343
§. 98. Allgemeine Bemerkungen. Beschränkung und Bedingung der Strafloſigkeit. . . „ 344
§. 99. Tödtung des Ehebrechers. . . . . „ 347
§. 100. Bestimmungen der Bamberger H. G. O. „ 348
§. 101. Verschiedene mögliche Ansichten über das Verhältniß der Bamberger H. G. O. zur P. G. O. Erste Ansicht. . . . „ 350
§. 102. Zweite Ansicht. . . . . „ 352
§. 103. Dritte Ansicht. . . . . „ 355
§. 104. Schlußbemerkung. . . . . „ 356
§. 105. Tödtung zur Rettung Anderer. . . „ 357
§. 106. Unzurechnungsfähigkeit. . . . „ 359
§. 107. Tödtung des zu Verhaftenden. . . „ 360
§. 108. Des Echters. . . . . „ 362
§. 109. Des Nachtdiebes. . . . . „ 364

§. 110. Durch ein schädlich Thier. . . . . S. 365
§. 111. Ausnahmsweise erlaubte gerechte Fehde. . 367
§. 112. Andere Fälle außer der P. G. O. Zigeuner und Wildschützen ꝛc. 369
§. 113. Im Kriegsdienste. 371
§. 114. Rückblick auf den Entwickelungsgang dieser Lehre und ihrer Darstellung. 373
§. 115. Schluß. Politische und legislative Rücksichten. 374

Dritte Abhandlung.

Beiträge zur Kritik der Lehre von den s. g. Verbrechen gegen die Geistesкräfte. . . . . S. 379

Erste Abhandlung.

Beiträge zur Erörterung der Frage, ob eine verwirkte Strafe, die dem Schuldigen nicht als Uebel erscheint, blos deshalb in eine andere verwandelt werden könne oder müsse.

Zu den bestrittenen Gegenständen, die jetzt eben bei der erneueten Thätigkeit der Gesetzgebungen im Gebiete des Straf-Rechts, eine neue Wichtigkeit erhalten, gehört auch die Frage: ob und wie fern die Strafe, die im Allgemeinen ihrem Begriff und Wesen nach, ein Uebel für die Uebertreter des Gesetzes ist, dieses auch im besondern Falle, für den einzelnen Strafbaren seyn müsse? Der Erfahrung nach tritt in den meisten Fällen kein, wenigstens äußerlich erkennbarer Widerspruch, zwischen dieser allgemeinen Bestimmung der Strafen und der Anwendung derselben ein, ausnahmsweise indessen kommt es zuweilen vor, und hierauf bezieht sich die Controverse, bei welcher es nicht auf Gewinnung neuer Resultate, sondern auf wissenschaftliche Entwickelung der Gründe für die eine oder andere Ansicht ankommt. [1])

1) Von den Criminalisten neuerer Zeit sind für die Strafverwandlung Klein Grundsätze ꝛc. §. 294. (Vgl. unten Note 23 ꝛc.) Feuerbach Lehrbuch ꝛc. § 137. Grolman § 116. No. 1. Tittmann § 63. Roßhirt § 77. a. E. Henke Handbuch Th. I § 63. stellt zwar das richtige Princip auf, daß die Strafe nicht von jedem einzelnen Verbrecher als ein Leiden empfunden zu werden brauche, macht aber dennoch die Strafverwandlung als Nothwendigkeit geltend, wo Jemand um bestraft zu werden (soll heißen: um eine gewisse

Stellt man den allgemein zuzugebenden aber oberflächlichen Grundsatz hin: die Strafe soll ein Uebel seyn, nicht

---

Strafart zu veranlassen) verbrochen hat. Bauer erklärt sich auch für die Verwandlung, durch die § 100. aufgestellte Behauptung, die Strafe müsse in der Zufügung eines wirklichen Uebel für den Verbrecher seyn, wobei auf die Diss. von Besecke verwiesen wird, die fast allen Neuern Autorität ist. In dem §. 139. (so, und nicht §. 140. muß es heißen) auf welchen der Verfasser noch verweiset, wird die Sache wieder als zweifelhaft erwähnt, und im Hannöv. Entwurf ist sie übergangen. Auch Jarke Handbuch Th. I § 50. N. 12. ist für die Strafverwandlung, wenn Jemand tödtet, um hingerichtet zu werden, obschon er übrigens in der Anerkennung, daß das wahre Uebel die Schuld und nicht die Strafe sey, das Gegentheil hätte annehmen sollen. Salchow § 163. führt die Ansicht des neuern Gerichtsgebrauchs an, gegen den er sich aber mit Recht erklärt, indem er auf die ältere Praxis aufmerksam macht. Eben so ist Martin § 54. 99. gegen die Strafverwandlung. Desgleichen Wächter §. 120. Not. 91. der auf die älteren Praktiker verweiset. Kress ad Art. 137. § 2. Boehmer ad eund. art. 137. §. 23. Endlich Mein System § 109 und 148. Eigne Abhandlungen über diese Frage, jedoch meist in einem beschränkten Gesichtspunkt des Verbrechens der Tödtung aus Lebensüberdruß haben geliefert: J. C. Heimburg Diss. de taedio vitae poenam homicidii non mitigante. Jenae 1757. J. M. G. Besecke de homicidio ex vitae taedio ad oppetendam mortem commisso non mortis poena, sed perpetuis carceribus vindicando, Halae 1772. und in Plitt Analecta jur. crim. P. 164. etc. A. F. Hurlebusch Beiträge zur Civil- und Criminal-Gesetzgebung und Jurisprudenz 1. Heft 1817. N. VI. Der Ansichten, welche in Urtheilen Preußischer Gerichtshöfe ausgesprochen worden sind, soll weiter unten Erwähnung geschehen. Die neueste Schrift, deren Resultate mit denjenigen übereinstimmen, die sich mir nach wiederholter Prüfung als die richtigen gezeigt haben, ist vom Herrn Dr. F. C. Th. Hepp, in dessen Versuchen über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft. Heidelberg 1827. Fünfte Abhandlung. Uebrigens kann es bei einer so praktischen Frage eher geschehen, daß in kurzer Zeit in mehrern Untersuchungen von verschiedenen Stand-

etwas Gleichgültiges oder wohl gar Erwünschtes, so ergiebt sich leicht die scheinbar natürliche Folge, daß sie nicht zur Anwendung kommen dürfe, wenn im besondern Beurtheilungsfalle jene allgemeine nothwendige Bestimmung des Gesetzes verfehlt würde. Allein es ist sehr gewöhnlich, daß der s. g. gesunde Menschenverstand, der sich mit Consequenz an das Einzelne hält, den allgemeinen Zusammenhang übersieht und auf Resultate kommt, die nach höhern Gründen nicht gerechtfertigt werden können. Wenn hier die Frage näher folgende ist:

Soll bei der allgemein rechtlichen Nothwendigkeit das bestehende Gesetz in jedem besondern Falle anzuwenden, wo dessen Voraussetzungen vorhanden sind, eine Ausnahme von diesem Grundsatz eintreten, und daher die gesetzlich bestimmte Strafart diesesmal wegfallen und durch eine andere surrogirt werden, damit der andere obere Grundsatz gerettet werde, die Strafe müsse ein Uebel enthalten, oder soll umgekehrt, die Ausnahme sich auf den zuletzt erwähnten Grundsatz beziehen, und das Gesetz auch dann zur Anwendung kommen, wenn dessen Vollziehung für den Uebertreter kein Uebel ist?

so ist, wie meist übersehen wird, nicht mehr die Rede von einem Hin- und Her-Erwägen mancherlei Gründe für oder gegen die Anwendung der bestimmten Strafe, sondern die Controverse bezieht sich auf das höhere Gebiet der Nothwendigkeit des Gesetzes, des Gehorsams gegen dasselbe und das Verhältniß des Richters zu dem Gesetz, dessen Organ er ist.

---

punkten aus angestellt, übereinstimmende Resultate gewonnen werden, als daß darin ein Grund der Zurückhaltung einer eignen Ansicht liegen müßte, besonders wenn sie im Zusammenhang mit allgemeinen Principien auf eigenthümliche Weise begründet wird.

Gegenüber der einfachen Folgerung, daß eine Strafe, die kein Uebel in der Vollziehung enthalte, nicht zur Anwendung kommen dürfe, läßt sich eben so kurz als einfach behaupten, der allgemein ausgesprochene gesetzliche Wille müsse als Regel in jedem besondern Falle befolgt werden, und es dürften dann keine Ausnahmen statt finden, am wenigsten solche, die von zufälligen und subjektiven Rücksichten abhingen, die das Gesetz nicht beachten könne. Die Gefahr für den sittlichen und rechtlichen Zustand soll abgewendet, dem Recht seine nothwendige Herrschaft gesichert werden, aber — kann man fragen: ist die Gefahr geringer, die aus der Abweichung von dem Strafgesetze entsteht, welche durch den Richter gemacht wird, als die, welche durch die Gesetz-Uebertretung von Seiten des zu Bestrafenden begründet ist, dem die verhängte Strafweise nicht als Uebel erscheint? [2])

Jeder der beiden Grundsätze ist an sich richtig, und hat darum Ansprüche auf Anerkennung, und es läßt sich daher auch im Allgemeinen weder dem einen noch dem andern im Collisionsfalle ein Vorzug beilegen; denn welcher auch nachstehen müßte, man könnte in dem einen Falle sagen, es sey dem Princip des Rechts überhaupt, in dem andern, es sey demselben im concreten Falle widersprochen. Aber eben weil jedem derselben Wahrheit zukommt, müssen sie auch ne-

---

2) Von den Nachtheilen der Willkühr, die lange Zeit in Theorie und Praxis an die Stelle des Gesetzes getreten war, und wogegen erst in den neuesten Zeiten wieder die Achtung vor dem Gesetze mehr eingeschärft worden ist, (freilich von manchen Bearbeitern der Wissenschaft nur als ein Princip, das für sich steht, und weder in allen Lehren des s. g. allgemeinen Theils, noch weniger in denen des s. g. besondern Theils consequent durchgeführt wurde) S. meine Abhandlung über die wissenschaftliche Behandlung des Criminalrechts; vor meinem System der Crim. R. W. P. VIII — XXIII.

beneinander als vereinbare beſtehen, und die Colliſion kommt nur als Ausnahme in einer untergeordneten Sphäre, unter dem Einfluß beſonderer Umſtände und Verhältniſſe vor. Auf dieſem niedern Gebiete können aber und müſſen von der einen oder andern Regel Ausnahmen gemacht werden, um das höhere Princip zu retten, dem jene ſelbſt als Folgen untergeordnet ſind, das der Gerechtigkeit in ihrer wahrhaften Bedeutung, die weiter iſt als die blos juriſtiſche. Schon hiernach ergiebt ſich, daß man nicht ſo allgemein und uneingeſchränkt die Behauptung der Nothwendigkeit einer Abweichung von dem gegebenen Strafgeſetze aufſtellen dürfe, wenn dem Uebelthäter, durch deſſen Anwendung kein Uebel zugefügt werde, ſondern es würde ſich, wenn man nicht das andere Extrem annehmen wollte, daß nehmlich, ohne Rückſicht auf jene eigenthümlichen Umſtände, ſtets dem einmal beſtimmten Geſetze gehorcht werden müſſe, höchſtens das Reſultat ergeben, daß nach Unterſchied der Fälle, bald die eine bald die andere Regel befolgt, demnach von dieſer oder jener eine Ausnahme gemacht werden ſolle. Eine ſolche Beurtheilung, die nur dem zukommen kann, der auf dem höhern Standpunkt über jenen beiden Regeln ſtünde, deren Anwendung dem Richter obliegt, wird aber in der Regel die Competenz des letzteren überſchreiten, und ihm ohne Gefahr für die Rechtspflege nur beſchränkt zugeſtanden werden dürfen, obgleich ich keineswegs der Anſicht derjenigen beitreten kann, welche dem richterlichen Ermeſſen zu enge Grenzen geſetzt wiſſen wollen, und indem ſie durch einen Gehorſam gegen den bloßen Buchſtaben und das Wort des Geſetzes, einer äußern Gerechtigkeit Genüge leiſten, ſich in einen Widerſpruch mit dem Recht im höhern Sinne verſetzen, das hiebei zu Grunde geht, wovon die Engliſche Rechtspflege unter andern Belege liefert. [3])

3) Vgl. Hitzig's Zeitſchrift X. Heft S. 287 ꝛc. Deſſen Annalen I. Heft S. 167 ꝛc.

Um eine bestimmtere Grundlage für die Untersuchung zu erhalten, scheint es nöthig, zuerst das allgemeine höhere Princip, dann jene beiden Regeln näher zu betrachten.

Wir enthalten uns bei Aufstellung des ersten eines nähern Eingehens in das Gebiet der s. g. Strafrechts-Theorieen, die hier zu verschiedenen Resultaten führen, und werden später auf dieselbe die erforderliche Rücksicht nehmen, vielmehr wollen wir den Grundsatz so zu stellen versuchen, wie derselbe, unabhängig von den Controversen über jenen Punkt, nach allen Theorieen angenommen werden kann. Der Staat will Recht und Gerechtigkeit handhaben, wozu er verpflichtet, folglich auch und nicht allein berechtigt ist, und es kann hier einstweilen auf sich beruhen, ob man dem Staate dieses Recht und diese Pflicht an und für sich, und aus welchem Grunde man ihm dasselbe beilege, oder ob man ihm Straf-Recht und Pflicht als Mittel zur Erreichung irgend eines Zweckes zuschreibe, welches dieser sey, und auf wen er mittelbar oder unmittelbar berechnet werde? Nur die Theorie, nach welcher überhaupt der Strafe kein sittlicher und rechtlicher, sondern nur ein politischer Zweck, oder der Charakter der Nothwehr und Selbstvertheidigung beigelegt wird, müßte mit jenem Grundsatze nicht übereinstimmen, aber man findet abgesehen von der hier gleich anfangs ausgesprochenen Verzichtleistung auf das Recht, daß auch diese, innerhalb ihres Gebiets die Gerechtigkeit nicht ausschließt, indem die unerläßliche Anerkennung jener Forderung, die sich nothwendig geltend macht, und nicht ohne Nachtheil abweisen läßt, sie zu einer Inconsequenz im Verhältniß zu ihrem obersten Grundsatz nöthigt. Denn auch sie stellt weitere Grundsätze über den rechtmäßigen Gebrauch, den Umfang und die Grenzen jener Strafgewalt, jenes Rechts der Nothwehr und Selbstvertheidigung auf, und auch sie muß es, gleich andern Theorieen, da nach dem Standpunkt der Rechtsbildung im Staate, dem als positiv geltenden Rechte, hier nicht mehr die Rede von einem Zustand der Willkühr und Anarchie, sondern der Herrschaft des Rechts- und

Sittengesetzes ist, da das Strafrecht überall existirt, und es nicht erst darauf ankommt, es durch Theorieen einzuführen oder aufzuheben, wenn dieses nehmlich auf irgend eine Weise und mit einem Scheine gerechtfertigt werden könnte, sondern vielmehr nur darauf, das Bestehende wissenschaftlich zu begreifen, d. h. die Gründe der Nothwendigkeit und Vernunftmäßigkeit darzulegen, worin im methodischen Fortschreiten und Schließen das enthalten ist, was man unter dem Beweise im philosophischen Sinne versteht.

Aus jenem obern Grundsatz ergeben sich nun mehrere nothwendige Folgen, wodurch er selbst erst nicht mehr blos abstrakt besteht, sondern in die concrete Wirklichkeit tritt. Das Recht als solches hat sein Daseyn in den Rechten und Sitten der besondern Völker, in eigenthümlicher historischer und nationaler Gestaltung; und nach verschiedenen wechselnden Formen, die der Zeit angehören, spricht es sich als der vernünftige Wille der Gesammtheit, als der Gedanke in der Form der Sprache aus, welche dessen nothwendige Einkleidung ist, und besteht so als Gesetz im neuern wissenschaftlichen und praktischen Sinn, wodurch hier das Resultat aller frühern historischen Rechtsbildung bezeichnet, und also keineswegs geleugnet wird, daß der Begriff des Rechts weiter ist, als der des Gesetzes, und daß neben letztern noch andere Quellen des erstern vorkommen, deren größere oder geringere Bedeutung durch geschichtliche Verhältnisse und durch das bestimmt wird, was von den Elementen des gesammten sittlichen und intellectuellen Volkslebens mit seiner Rechtsbildung selbst in mehr oder minder nothwendigem Zusammenhang steht und nach dieser Rücksicht aufgefaßt wird. Wie dem auch sey, das Gesetz als zeitgemäßer Ausdruck des Rechts nimmt Gehorsam in Anspruch, und soll, wenn wir es hier gleich in seiner Eigenschaft als Strafgesetz nehmen, in der doppelten Beziehung als ein Gebot höherer Nothwendigkeit befolgt werden, daß es sowohl allen Mitgliedern des Staates, als auch dem Richter die Norm der Handlungen sey, so weit diese nach rechtlichen

Grundsätzen bestimmt werden. Dieser allgemeine aber zunächst nur formelle Grundsatz erscheint in Unterscheidung der hier möglichen Fälle wieder in mehrern abgeleiteten Sätzen. Für den Unterthanen überhaupt (den Richter mit eingeschlossen) theils als Verbot, ein gewisses dem Gesetz widersprechendes Benehmen sich nicht zu Schulden kommen zu lassen, theils als Ankündigung, (hier wieder abgesehen, zu welchem Zwecke sie geschehen, ob z. B. zur Warnung oder Abschreckung ꝛc.) welche Folgen er sich durch sein gesetzwidriges Benehmen bereiten werde. Für den Richter, als solchen, ist das Gesetz die Bestimmung, deren Vollziehung ihm im besondern Uebertretungsfalle nach vorherigem rechtlichen Verfahren und Beurtheilung zur Pflicht gemacht wird, indem er das nunmehr in Thätigkeit gekommene Gesetz als Organ höherer Nothwendigkeit geltend macht, und dadurch der Gerechtigkeit dient, die sonst nicht bestehen würde. Dieses ist nun die eine unserer Regeln, daß das Strafgesetz von dem Urtheilsfällenden seiner Entscheidung zu Grunde gelegt werden müsse, und ihm, wenn nicht rechtliche Gründe selbst eine Ausnahme gebieten, nicht gestattet seyn kann, von demselben abzuweichen. Jene Beschränkung der Regel ist aber genau genommen, nicht eine Abweichung, sondern vielmehr eine eigne Regel, die unter gegebenen Voraussetzungen zur Anwendung kommen muß. Der Umstand aber, der uns hier beschäftigt, daß einem bestimmten Individuum die sonst als Uebel geltende Folge seines strafbaren Verhaltens nicht in dieser Eigenschaft erscheine, kann nicht in dem Grade als regelmäßig vorkommen, daß daraus gegenüber jener Hauptregel, die als andere Regel bezeichnete Abweichung allgemein im Voraus bestimmt werden könnte, und ist vielmehr eine Ausnahme im eigentlichsten Sinne, wobei nur eben die Frage aufgeworfen werden muß, ob dadurch auch eine Ausnahme bei der Strafbestimmung und Vollziehung für den concreten Fall eintreten dürfe und müsse, die nun entweder selbst nur als solche Ausnahme betrachtet, oder wiewohl ohne Grund dennoch als eine Regel aufgestellt wird,

oder ob solche Abweichung durchaus für den Richter unstatthaft sey. Dieß führt uns auf die andere Hauptregel.

Die in dem Gesetz dem Uebertreter desselben angekündigte nothwendige Folge, die Strafe soll nehmlich für diesen ein Uebel, ein Leiden seyn, etwas das ihn unangenehm affieirt, und daher nach der gewöhnlichen Erfahrung, nach der Beobachtung der geistigen und sinnlichen Natur des Menschen von ihm gemieden und geflohen wird. Es bedarf hier weder einer Auseinandersetzung der Gründe, warum die Strafe ein Uebel für den Verbrecher im Allgemeinen sey und seyn müsse, und auch im besonderen Falle meist seyn wird, noch verweilen wir hier bei der Würdigung der Zwecke, welche durch Androhung oder Zufügung des Uebels erreicht werden sollen, und welche allerdings mit Rücksicht auf die verschiedenen Strafrechts-Theorieen mehr oder minder für verfehlt zu erachten sind, wenn dem Verbrecher die Strafe als etwas Wünschenswerthes, als ein Gut erschiene, zu dessen Erreichung ihm wohl sogar das Verbrechen selbst als Mittel dienen sollte. [4]) Die Strafe ist aber an sich d. h. auch ohne Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit der besondern Strafarten ein Uebel für den, der dem Gesetze entgegen handelte, darum weil sie Strafe ist, d. h., weil sie sich als Zwang an dem Willen des Verbrechers äußert, der dadurch gebeugt, und wieder unter das von ihm nicht geachtete Gesetz gestellt werden soll, damit auch er erfahre, das Gesetz sey etwas Geltendes, das sich nicht willkührlich übertreten und ungeahndet verachten lasse; [4b]) sie ist ein Uebel, weil sie

4) Wenn es mehr als scherzhafte Nachrede ist, daß einst von dem Magistrat eines Städtchens eine Geldbelohnung für jeden, der einen Baumfrevler anzeigen würde, ausgesetzt war, deren Betrag die Geldstrafe um das Doppelte überstieg, welche der Schuldige erlegen mußte, so lag darin allerdings eine invitatio ad delinquendum, und es war sehr natürlich, daß die Allee vor der Stadt zerstört wurde.

4b) Vgl. Liv. lib. VIII Cap. 7. — „quum aut morte tua sancienda sint consulum imperia, aut impunitate in perpetuum abroganda“ und lib. I. Cap. 28 — „at

die Folge einer rechtswidrigen Handlung, eines tadelnswerthen Benehmens ist, das den Urheber der Mißbilligung seiner Mitbürger, der Obrigkeit, und wenn er in sich geht und die Stimme seines Gewissens früher oder später aufwacht, auch seinen eigenen Vorwürfen nothwendig aussetzt. So wie nur derjenige im rechtlichen Sinn ein Verbrecher, d. h. vor dem Gesetz strafbar ist, der mit Wissen und Willen demselben entgegengehandelt hat, dem also seine Thätigkeit als Handlung zugerechnet werden kann, so soll auch die Strafe von dem Verbrecher als solche erkannt und empfunden werden, sie soll und kann nur den auch in dem Zeitpunkt ihrer Vollziehung Zurechnungsfähigen, den Bewußten treffen, und das Bewußtseyn bezieht sich auf beides, auf die Verschuldung und auf die dadurch bewirkte nachtheilige Folge, ja sie wird vorzugsweise durch ersteres als Nachtheil erkannt. Daß sie der Verbrecher als verdientes Uebel aufnehme, ist die sittliche Forderung und Bedeutung der Strafe; sie ist eben hienach auch eine Wohlthat und ein Gut in anderer sittlicher Bedeutung, von der später Gebrauch gemacht werden soll. Es fragt sich nun aber, wenn es nothwendig und rechtlich ist, daß die Strafe im Allgemeinen und in abstrakter Erscheinung, ein Uebel für den zu Bestrafenden sey, ob dieselbe Forderung in Ansehung des Verhältnisses der besondern Strafe, d. h. der Anwendung einer gewissen Strafart gegen ein bestimmtes Individuum, dessen Grad von Empfänglichkeit dem Gesetzgeber im Voraus nicht bekannt seyn könne, gestellt werden müsse. Diese Frage wird nun allgemein bejahend beantwortet, und man könnte sich damit um so mehr einverstanden erklären, als wenigstens in der Regel, die in einer Gesetzgebung allgemein als Strafarten aufgestellten Weisen der Ahndung für jeden Menschen ein Uebel seyn werden, in so fern die Gesetzgebung selbst schon die allgemeinsten nothwendigen Voraussetzungen ins Auge fassen wird, und daher bei der Anwendung der Stra-

tu tuo supplicio doce humanum genus ea sancta credere quae a te violata sunt."

fen gewiſſer Stände und Claſſen ſich, ſo weit es die Eigenthümlichkeit fordert, durch andere als die ſonſt gewöhnlichen Rückſichten beſtimmen laſſen wird. [5]) Auch iſt durch das Zugeben jener an ſich richtigen Bemerkung, daß die Strafe auch in der Anwendung ein Uebel enthalten müſſe, wieder abgeſehen von den verſchiedenen Strafrechts-Theorieen, noch keineswegs die Nothwendigkeit anerkannt, daß, wenn in einem beſondern Falle dem Strafwürdigen die rechtliche Folge nicht in der Eigenſchaft eines Uebels vorkomme, der Richter auf ein anderes erkennen dürfe, welches den Schuldigen empfindlicher treffe. Man muß nehmlich zunächſt ſich vergegenwärtigen, wie der rechtliche Gebrauch der einzelnen Strafmittel entſtanden iſt, durch deren Zufügung ſich das verletzte Strafgeſetz rückwirkend gegen den Uebertreter äußert, und ſich an ihm wieder herſtellt, indem ſein unrechtlicher Wille gebrochen werden ſoll, wie er das Geſetz gebrochen hat. Es darf an die Weiſe der Entſtehung und Bildung des poſitiven Rechts überhaupt erinnert werden, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß es nicht eine Sache der Speculation ſey, auszuſinnen, was den Menſchen widerwärtig und peinlich, folglich ein Strafübel ſeyn könne, vielmehr werden die Strafübel auf dem Gebiete der Endlichkeit und Erfahrung vorgefunden, und die ſpätere wiſſenſchaftliche und ſpeculative Betrachtungsweiſe hat vielmehr die Aufgabe, ſolche als Mittel der Strafe bisher angewendete Uebel nach dem Geſichtspunkte ihrer ſittlichen, rechtlichen und politiſchen Zuläßigkeit oder Verwerflichkeit, mit Berückſichtigung des Cul-

5) Es iſt hier nicht die Rede von ſolchen eigenthümlichen Strafarten, die nur unter Vorausſetzung eines gewiſſen Standes oder Verhältniſſes der Perſon zur Anwendung kommen können, ſey es wegen gewiſſer eben durch ſolche Vorausſetzungen bedingter Vergehen, oder wegen gemeiner Geſetz-Uebertretungen, ſondern von der Nothwendigkeit gegen die gemeinen Grundſätze der Wahl und Beſtimmung der Strafen durch Berückſichtigung eigenthümlicher Standesverhältniſſe zu vermeiden, daß nicht Jemand die Strafdrohung als eine für ihn ganz unpaſſende, ihn demnach nicht treffende betrachte.

kurzustandes einer Nation zu würdigen, und dadurch die von Zeit zu Zeit nothwendige Reform der Gesetzgebung vorzubereiten. 6) Gewisse Verhältnisse und Güter wurden von jeher als solche betrachtet, die nicht dem Angriffe anderer blosgestellt werden sollten. Rechte wurden unter verschiedenen Titeln in Anspruch genommen und gegenseitig anerkannt, und bei einer frevelhaften Verletzung derselben wendete sich die Rache des Beleidigten oder seiner Angehörigen in der Form einer äußern Vergeltung — Talion — gegen den Unrechtlichen, und es war theils die eigene Erfahrung des Angegriffenen, die ihm lehrte, was dem Andern als ein Uebel empfindlich seyn werde, und wodurch er sein Rachegefühl befriedigen könne, theils war es die sich noch unbewußt aussprechende Ahnung der Nothwendigkeit, daß jenem, wie er gethan, vergolten werden

6) Nur bei gewissen unerhörten Grausamkeiten, mit welchen z. B. die verfolgten Anhänger des Christenthums, auch solche, die den Haß römischer Usurpatoren auf sich geladen hatten, zu Tode gequält wurden, kann man eine Bemühung solche ausfindig zu machen, nicht in Abrede stellen, aber diese erscheint nicht im Gesichtspunkte des Strafrechts, sondern verwerflicher Willkühr. Eben so die Grausamkeiten bei den muhamedanischen Stämmen, den Indiern, wovon neuere Reisebeschreibungen viele Belege enthalten. Z. B. die bekannten Abentheuer des Haji Ba'ba und der durch Böttticher bei uns eingeführte Pandurang-Hari. Das spätere Röm. Recht untersagt daher gewisse Arten der Todesstrafe ausdrücklich. L. 8. §. 1. D. de poenis. Und in den Strafgesetzen des Mittelalters in Frankreich und Deutschland finden sich Strafarten, deren Vollstreckung mehr geeignet war, den Rechtssinn und das Gefühl zu ertödten als zu beleben. Aber hievon abgesehen, sind in den Gesetzgebungen, die unserm praktischen Rechte zu Grunde liegen, und bei den Fortschritten der Zeit, in den neuesten Strafgesetzbüchern und Entwürfen aus der unendlichen Reihe von Qualen und Widerwärtigkeiten, die man dem Menschen zufügen kann, nur eine sehr beschränkte Zahl als wirkliche Strafmittel sanktionirt und mit wenigen Ausnahmen meist solche, deren Gebrauch gerechtfertigt werden kann. — Jetzt kann noch verwiesen werden auf J. Grimm deutsche Rechtsalterthümer S. 682 ꝛc.

ſolle. Allerdings mußten ſchon hier bei der nicht ſelten eintretenden Unmöglichkeit einer Ausübung eigentlicher Talion Abweichungen eintreten, und die Vergeltung ſich weniger auf das qualitative als auf das quantitative Verhältniß von Uebelthat und Schaden beziehen, nicht zu erwähnen, wie oft bei der Racheübung aus ſehr begreiflichen Gründen das Maaß überſchritten wird, und daß die Rache aus der Subjektivität des Beleidigten hervorgehend, ein neues wieder zu tilgendes Unrecht iſt, und als ſolches auch nur von dem aufgenommen wird, den ſie trifft, obgleich ihm unmittelbar auf jenem rohen Standpunkte nur ſein Recht widerfährt, wenn er nach dem Princip, das er für ſeine Handlung im Verhältniß zu Andern aufſtellt, wieder behandelt wird. Bei dem allmähligen Uebergang von der Rache zu der Strafe und ſtrafenden Gerechtigkeit wurden alſo die einzelnen Strafübel, wie ſie bisher in der Geſtalt von Mitteln der Rache vorgekommen waren, vorgefunden, ſie wurden nicht vermehrt, ſondern beſchränkt, die Veränderung lag hauptſächlich in der Perſon des Strafe Fordernden, der Geſammtheit im Gegenſatz des verletzten Individuums, aber es mußte ſich hieraus die nothwendige doppelte Folge ergeben, daß nun überhaupt die Geſammtheit, das Gemeinweſen, ſich in der Uebertretung des allgemeinen Geſetzes angegriffen fand, die Verletzung gegen den Einzelnen, als ſolche mehr zurücktrat, und nur, wo es zuläßig war, einen privatrechtlichen Charakter ſelbſtſtändig oder nebenher annahm, und daß durch die Verhältniſſe der Geſammtheit eine Reihe von Strafmitteln ſich darbot, deren Anwendung dem Einzelnen als ſolchen zur Rache unmöglich war, z. B. Ehrenſtrafen, Verluſt des Bürgerrechts, Verweiſungen ꝛc. [7]) Da überhaupt die Geſetzgebung, he-

7) Wenn man der weitern Ausbildung des Criminalrechts in der bürgerlichen Geſellſchaft eine Beſchränkung der Mittel zuſchreibt, die als Strafen gegen Verbrecher angewendet wurden, ſo ſteht damit der andere aus dem Weſen der Geſellſchaft hervorgehende Folgeſatz nicht in Widerſpruch, daß dieſe Wahl auch nach einer andern Seite wieder erweitert worden. Jene erſte Beſchränkung beſteht nehmlich darin, daß von ſolchen Un-

sonders die Speculation in dem Criminalgebiete spätern Ursprungs ist, so wurde auch der Grundsatz, die Strafe muß in jedem einzelnen Falle für den Verbrecher ein Uebel seyn,

---

sein, die dem Einzelnen als solchen, ohne Rücksicht auf Güter und Vortheile, die er dem geselligen Verbande verdankt, zugefügt werden können, nur wenige als Strafen beibehalten, die andern ganz verbannt werden. Die Erweiterung der Strafmittel durch die Nothwendigkeit, solche Güter zu entziehen, die Jemand vorzugsweise durch die Verhältnisse des bürgerlichen Lebens hat, ist zunächst in der Nothwendigkeit gegründet, weil solche Entziehung als Folge des Verbrechens, nur der Ausdruck der Unwürdigkeit des Uebertreters ist, so daß hier die Strafe schon auf dem höhern Standpunkt vorkommt, auch in dem concreten Fall ein mehr intellektuelles Uebel zu seyn. Sie ist selbst noch darum eine Beschränkung im eben erwähnten Sinne, weil dadurch noch mehr der Gebrauch anderer, unmittelbar physischen Eindruck machender Uebel entbehrlich wird. Es ist auch endlich des Umstandes, als einer Beschränkung der Strafanwendungen zu gedenken, daß die große Macht und Stärke des Staats und seiner Einrichtungen, das Vertrauen zu der großen Mehrzahl der Bürger, und umgekehrt deren Verhältniß zum Staate es gestatten, die Angriffe Einzelner als so ohnmächtig und unbedeutend zu betrachten, daß ein geringerer Aufwand von Mitteln hinreicht, um den Widerspruch zu vernichten, während der Einzelne zu seinem Schutze größerer Kraftanstrengung bedürfte, um den Angreifer unschädlich zu machen, ohne des Erfolgs sicher zu seyn. Freilich kommt durch dieses Verhältniß aber auch ein neues Gebiet schwerer zu ahndender Verbrechen, der gegen den Staat selbst hinzu. Wie aber in den gewöhnlichen Verhältnissen des Strafrechts, (es ist nicht die Rede von politischen Unruhen, denen auf andere Weise entgegengewirkt werden muß) der Staat dem Verbrecher gegenüber in einen Stand der Noth gerathen kann, läßt sich eben so schwer zugeben, als sich dadurch z. B. die schwersten Strafen wie Lebensberaubung nicht wohl vertheidigen lassen. Sollte namentlich die Zulässigkeit und Nothwendigkeit der Todesstrafe nur durch den Nothfall und die Gefahr des Staats begründet werden, so würde in den seltensten Fällen ihrer Zufügung der strenge Beweis jenes Nothfalles geführt werden können, der durchaus gefordert werden müßte, um dem einzelnen Strafurtheile die vollständige Rechtfertigung zu geben. Ueberhaupt wäre dieser Grund noch kein rechtlicher.

nicht so aufgestellt, daß man daraus auf jene angebliche Nothwendigkeit einer Abweichung geführt wurde, sondern die Regel war und ist vielmehr diese: die Strafe ist für den, gegen welchen sie als Strafe, d. h. als die durch ihn selbst herbeigeführte Folge seines Verbrechens verhängt wird, ein wirkliches Uebel. Dieß ist nehmlich der andere Gesichtspunkt, auf welchen aufmerksam gemacht werden muß, wenn eine richtige Entscheidung unserer Streitfrage gefunden werden soll. Faßt man nehmlich das Leiden nur als einzelnes auf, körperlichen Schmerz, Entbehrung gewisser Vermögenstheile, oder des ganzen Vermögens, Beschränkung der Freiheit, so kann man allerdings fast täglich Gelegenheit haben zu beobachten, daß dergleichen entweder durch Abhärtung, Fühllosigkeit und Verzweiflung von dem Verbrecher als gleichgültig angesehen und verachtet wird, oder daß solches von Nichtverbrechern, von vielen Unschuldigen als ein ihnen beschiedenes Loos und Schicksal ertragen wird; in beider Beziehung ist ein Merkmal entfernt, das zum Strafübel gefordert wird, dort ist es kein Uebel, weil es der Verbrecher nicht scheut, hier keine Strafe, weil der Schuldlose das Uebel entweder als unvermeidlich und sonst mit Ergebung duldet, weil er es im Bewußtseyn anderer Nothwendigkeit, als der bürgerlichen Strafe wegen eines Vergehens trägt, oder weil er in seinem guten Gewissen z. B. seine Armuth, und die Nothwendigkeit im Schweiße seines Angesichts für sich und die Seinigen Brod zu verdienen, gar nicht als Uebel betrachtet. Das Charakteristische liegt also nicht in dem einzelnen Leiden und in sonstiger Mangelhaftigkeit, die als Strafübel, und auch außerdem so häufig vorkommt, sondern in dem Umstande, dasselbe zur Strafe wegen eines Verbrechens erleiden zu müssen, es rechtlich verdient zu haben; mit andern Worten, die Schuld ist das Uebel, und die Strafe, als die Erklärung desselben, die Folge, die nur durch jene zum Uebel wird, wie umgekehrt dieselbe Folge, wie sie auch außer dem Gebiet der Strafrechtspflege so häufig sichtbar ist, aber aus andern Ursachen

abzuleiten, nicht als Uebel oder wenigstens nach ganz andern Rücksichten, z. B. nach religiösen als auferlegte harte Prüfung ꝛc. erscheinen muß. In der That, wenn man umherblickt, wird man zwar nicht sämmtlichen, aber sehr vielen der Uebel, die zur Strafe angewendet werden, auch im gewöhnlichen Leben begegnen, Qualen vor dem Tod, Hunger, Noth, harte Arbeit (wenn man diese hieher zählen wollte,) körperliche Leiden, Vermögens-Einbuße, Verachtung und Geringschätzung, was keiner weitern Ausführung bedarf. Eben so wenig soll hier ausgeführt werden, daß im Gegensatz der Fälle, wo ein Sträfling solche ihn treffende Bestimmung in ihrer Einzelnheit nicht als Uebel betrachtet, derjenige, den sie auf anderm Wege als durch die weltliche Strafgerechtigkeit heimsuchen, sie in seiner Gesinnung vielleicht als verdientes Uebel hinnimmt, und sich zur Besserung und Umwandlung seines Innern dienen läßt. Diese Betrachtung gehört dem Strafrecht nicht an, so interessant sie auch für dasselbe mittelbar seyn könnte. Also nochmals die Strafe ist als Strafe ein Uebel, weil sie auf die Schuld folgt, und da sie der Erfahrung nach auch in der Anwendung etwas enthält, was dem Menschen unangenehm ist, so wie natürlich eine Anordnung des Gegentheils im Gesetz eben so absurd als zweckwidrig wäre, so muß es bei dieser durch den Begriff und die Wirklichkeit gegebenen Regel sein Bewenden haben, und es kommt nicht auf eine Untersuchung an, ob einem oder dem andern Individuum es anders erscheine, gegen welchen das Strafgesetz zur Anwendung kommen soll. Faßt er es als Strafe auf, so liegt darin schon für ihn das nothwendige Uebel, und es ist dann eine Berechnung, die sich im Allgemeinen der Staat ersparen kann, ob Jemand z. B. durch Abhärtung und Gewohnheit eine körperliche Züchtigung nicht schwer nehme, oder ob er des Lebens überdrüssig sey, oder sich als Abentheuerer nicht ungern deportiren lassen wolle. Wir werden jedoch später den Standpunkt des Richters und den des Gesetzgebers unterscheiden.

Bisher sind nun die beiden einander coordinirten und in der Regel auch mit einander vereinbarlichen Grundsätze betrachtet worden, der, daß das Gesetz von dem Richter, wie es gegeben ist, befolgt werden müsse, und der, daß die Strafe ein Uebel für den Strafbaren seyn solle oder vielmehr ist. Betrachten wir jetzt die Fälle näher, wo das zur Strafe bestimmte Uebel für den Verbrecher diese Eigenschaft nicht hat. Wir würdigen dieselben im Verhältniß zu dem urtheilsfällenden Richter, und berücksichtigen dabei den Einfluß der verschiedenen Strafrechts-Theorien, und wenden uns dann zu dem legislativen Gesichtspunkte. Folgende Unterscheidungen werden alle hier vorkommende Fälle erschöpfen:

1) Der Uebertreter eines Strafgesetzes hat die strafwürdige Handlung begangen, entweder weil sie selbst sein Zweck war, oder ihm als Mittel der Erreichung eines Zwecks erscheint, der ihm wünschenswerth ist, ohne daß ihn die auf das Verbrechen gesetzte Strafe abhalten konnte, indem diese ihm unter andern nicht als ein in die Waagschaale der Berechnung zu legendes Uebel erschien, obgleich er dieses Uebel nicht positiv will.

2) Der Uebertreter eines Strafgesetzes hat die strafwürdige Handlung als Mittel gebraucht, um die Folge derselben, die Strafe, über sich herbeizuführen, weil es sein Zweck ist, das an sich zu erfahren, was ihm ausnahmsweise nicht als Uebel, sondern als ein Vortheil erscheint, dessen er theilhaft werden will.

In dem ersten Falle ist also das Verbrechen, im andern die Strafe sein Zweck. Beide sind wieder nach verschiedenen Rücksichten zu behandeln.

Der erste Fall ist der gewöhnliche, und man könnte beinahe sagen, derjenige, welcher bei jedem wirklich verübten Verbrechen anzunehmen ist, so fern nicht der Gesichtspunkt des andern nachgewiesen werden kann. Man nimmt hier z. B. nach der Theorie des psychologischen Zwan-

ges, und überhaupt nach allen denen, welche auf die Strafdrohung einen selbstständigen Werth legen, und durch dieselbe den Zweck der Abhaltung zu erreichen hoffen, an, daß der zur Gesetzübertretung Geneigte, sich durch die Rücksicht auf das ihn treffende Strafübel zur Unterlassung werde bestimmen lassen. Daß solche Berechnung zwischen dem bezweckten Vortheil — dem Verbrechen und dem daraus hervorgehenden Nachtheil — der Strafe, entweder gar nicht statt findet, z. B. bei culposen Gesetzübertretungen, bei Verbrechen, die nicht im Zustande ruhiger Ueberlegung, sondern in der Hitze, in Aufwallung des Zorns ꝛc. begangen sind, oder daß sie wenigstens nicht abhaltend wirkte, weil z. E. der Thäter hofft unentdeckt zu bleiben, sich den Folgen der Strafe zu entziehen, sich durch Leugnen zu sichern, ist schon oft bemerkt worden, und eben so, daß jeder einzelne vorkommende Straffall, auch wenn man annehmen wollte, es gehe im Innern des Böswilligen eine solche vergleichende Operation vor, den Beweis liefert, hier wenigstens sey der Zweck des Strafgesetzes verfehlt, und das Strafübel nicht überwiegend gegen den Vortheil erschienen, den der Verbrecher durch seine That gewärtigt, so daß hier der Irrthum auf Seiten dessen ist, der nicht eine härtere, zur Abhaltung sicher dienende Strafe verfügt habe. [8]) Man könnte sagen, hier sey die Strafe dem Verbrecher kein Uebel, die ihn nach dem gegebenen Gesetz treffen sollte, und es müßte demnach, wie auch von Manchen vorgeschlagen worden ist, eine andere an deren Stelle gesetzt werden, ja man hat sogar nicht inconsequent nach dem Standpunkt einiger Vertheidiger der relativen Theorien die Behauptung gewagt, es müsse in jedem Fall wegen sichtbarer Unzulänglichkeit der vorher angedrohten Strafe stets eine schwerere gegen den Uebertreter angewendet werden, eine Behauptung, die aber

8) Vgl. Meine Uebersicht über die neuesten Systeme des Strafrechts in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft., Th. II. Heft 3. S. 463 und 464.

alles Rechtsgrundes entbehrt. Es bedarf hier aber weder jener nicht gerechtfertigten Ausnahme, noch überhaupt und im Allgemeinen der Annahme, daß die Strafe, deren bloße Drohung, oder was irgend für Gründe, den zum Gesetzwidrigen strebenden Willen nicht zu der Ordnungsmäßigkeit seines Verhaltens zu bestimmen vermochte, auch in der Vollziehung kein Uebel für ihn enthalten werde. Sie wird es seyn, und ist, wie gesagt, ein Uebel, und man darf sich also durch jene willkührlichen Rücksichten nicht von der Pflicht, das Strafgesetz, wie es besteht, anzuwenden, entledigt halten. Schließen wir also jene Betrachtungsweise als eine zu allgemeine aus, wodurch sonst jede Strafanwendung fast anders als regelmäßig nach der Theorie, die wir bestreiten, ausfallen müßte, so bleiben hier nur die Fälle übrig, wo der Verbrecher, ohne die Strafe selbst zu wollen, ohne sie für eine Wohlthat zu erkennen, dennoch in derselben wenigstens kein solches Uebel sieht, dessen Vermeidung er sich gerade angelegen seyn läßt, indem ihm die Erreichung seines verbrecherischen Vorhabens wichtiger erscheint, und er sich selbst bei dem Bewußtseyn der Strafwürdigkeit desselben und der Art und Größe des Strafübels in dasselbe ergiebt, wenn es ihn wirklich treffen sollte, weil er die Erreichung seines Zwecks als Preis ansieht, um welchen es schon der Mühe lohne, seine nachtheilige Folgen als unvermeidliche über sich ergehen zu lassen. [9] Hier tritt nun das ein,

9) Einen solchen Fall betrifft der §. 830. Th. II. Tit. 20. des A. L. R. für die Preuß. Staaten. „Die Todesstrafe wird allein dadurch, daß die boshafte Absicht des Mörders mit Geringschätzung des eigenen Lebens verbunden gewesen, noch nicht ausgeschlossen.“ Viele Verbrechen werden in solchem Risico begangen, die Strafe, wenn sie nicht vermieden werden könne, als gleichsam conditio sine qua non zu dulden, und es darauf ankommen zu lassen. Aber besonders gehören hieher die Fälle solcher Verbrechen, welche durch die unglückliche Verirrung ihrer Urheber entstehen, wonach sie wähnen, eine verdienstliche und gute Handlung zu üben, z. B. Tödtung aus angeblicher Liebe zu dem Individuum, welches dadurch den

was früher über das Verhältniß der Uebel, die überhaupt in dem Leben den Menschen treffen können, zu eben solchen, die als Strafe zugefügt werden, bemerkt ist. Weder kann der Gesetzgeber, der sich an die Erfahrung und das Gewöhnliche hält, im Voraus, ohne die Rechtspflege einer gefährlichen Willkühr Preis zu geben, jenen seltenen und ausnahmsweisen Umstand zum Rechtsgrund einer Abweichung

---

Leiden der Erde entrückt und himmlischer Seeligkeit früher theilhaftig werden soll.

Hier ist die Verübung des Verbrechens dem Unternehmer ein so wichtiger Zweck, daß die Strafe nicht in irgend eine Berücksichtigung kommt, wonach sie abhaltend wirken könnte. Ueberhaupt muß ja der Abscheu vor dem Verbrechen selbst, nicht die Furcht vor der Strafe, die Menschen auf dem Wege des Rechts erhalten. Wo aber Jemand seine Handlung, wodurch er dem Staatsgesetz, und somit dem Gesetz überhaupt im höchsten Sinn entgegentritt, für die gute, wohl gar für Pflicht hält, da kann ihn, wenn es an den Bedingungen der Zurechnungsfähigkeit nicht mangelt, zwar seine subjektive Meinung von dem, was Gut ist, gegenüber der Sittlichkeit und Objektivität des allgemeinen Rechts, nicht von den gesetzlichen Nachtheilen seiner Uebelthat befreien, aber der Gesetzgeber muß auf die Hoffnung Verzicht leisten, durch die Furcht vor Strafe denjenigen in Schranken zu halten, der diese Strafe mit den Gefühlen eines Märtyrers übernimmt, und sich durch seine Meinung höherer Rechtfertigung für das angebliche Verkennen durch das irdische Gericht beruhigt. Die Erweckung der Furcht ist aber nicht der Grund und die Rechtfertigung der Strafen. Nach jener Ansicht fragt zwar Köppen, Rechtslehre nach Platonischen Grundsätzen, Leipzig 1819. S. 152. nicht mit Unrecht — „was wären selbst Todesstrafen, wenn durch irgend eine Gesinnung, deren Wirksamkeit christliche Märtyrer bezeugen, jedermann dem Tode freudig entgegenginge?“ Es ist hier jedoch nicht zu übersehen, daß Märtyrer mit dem Bewußtseyn höhern Gehorsams und Pflichterfüllung ihr irdisches Daseyn als das vergängliche hingeben, um eines höheren theilhaftig zu werden, was bei Missethätern nicht so zutrifft, ihre Lebensverachtung beruht, wie die des Selbstmörders, auf andern äußern Gründen, und selbst die Gesinnung des reuigen Verbrechers, der freudig stirbt, ist eine andere, als die des Märtyrers, in ihrer Voraussetzung.

vom Geſetze erheben, da ohnedem die Empfänglichkeit für Uebel etwas reinſubjektives iſt, noch kann es verhindert werden, oder wieder zum Grund einer Abweichung dienen, daß ſich Jemand gegen Uebel abhärtet, und durch gewohnte Lebensweiſe die in der Strafe enthaltenen Leiden, beſonders ſo fern ſie vorübergehend ſind, z. B. körperliche Züchtigung, oder er ihnen für die Dauer zu entgehen hofft, z. B. durch Flucht aus dem Strafgefängniß — geringer achtet, und ihnen trotzt. Sie ſind und bleiben nichts deſto weniger Uebel nach dem Obigen ſchon darum, weil ſie Strafe ſind und werden früher oder ſpäter, auch als ſolche erkannt. Und ſelbſt, wenn dies nicht wäre, wenn ſie dem Einzelnen nicht als Uebel erſchienen; die Strafe hat ihre ſelbſtſtändige Bedeutung, von welcher es nur eine, und nicht einmal die hauptſächlichſte Seite iſt, daß ſie dem Uebelthäter wirklich empfindlich ſey. Eine richtige Theorie, die durch Erfahrung und Praxis beſtätigt wird, muß auch nicht den Zweck der Abhaltung durch die bloße Furcht vor Strafe und durch die Schmerzen oder Leiden der Vollziehung voranſtellen. Sie betrachtet dieſe, wo ſie vorkommt, als eine von mehrern heilſamen Folgen der Strafe, aber die Strafgerechtigkeit an ſich ſteht höher, und kann in ihrer Anwendung durch ſolche Zufälligkeiten nicht bedingt werden. Wenn nun aber ſelbſt der Umſtand, daß die gedrohte Strafe dem Einzelnen nicht als Uebel vorkam, für den Richter, nach begangenem Verbrechen, nicht den Rechtsgrund einer Abweichung von dem beſtimmten Geſetze darbieten kann, ſo wird noch weniger bei der Vollſtreckung eine ſolche Abweichung und die Subſtituirung einer andern Strafart, oder eines härtern Uebels gerechtfertigt werden können, wenn es ſich zeigt, daß jetzt das einſt gefürchtete Uebel für den Sträfling dieſe Eigenſchaft verloren habe, obgleich die Conſequenz ſolche Theorieen darauf führen könnte, welche durch fortdauernde Leiden mittelſt der Strafe beſondere Zwecke erreichen wollen, oder nach welchen der Sträfling in jedem Moment der eigentlichen Strafe von einem Uebel betroffen werden ſolle, ſo daß ſein

Zustand ein qualvoller peinlicher sey — eine Ansicht, welche sich in eben die Subjektivität der Rache und Bösartigkeit mit dem Verbrecher wetteifernd versetzte, wie die Gesinnung, aus welcher das Verbrechen hervorging. Denn so wie sich erwarten läßt, ein Individuum, dem das Strafübel zur Zeit der Verübung seines Frevels nicht als solches erschien, werde später bei dem wirklichen Erstehen desselben zur Besinnung kommen, und die Empfindung des gewöhnlichen Menschen theilen, so ist es umgekehrt möglich und sehr wünschenswerth, daß er nach diesem Durchgang oder auch ohne denselben sofort zu der Einsicht gelange, daß die innere Bedeutung der Strafe, dieses rechtliche Uebel, für ihn zugleich moralische Wohlthat und Heilmittel seyn könne, und daß er es in solchem Sinne mit Ergebung aufnehme, wobei es dann ganz gleichgültig ist, ob ihm die Aeußerlichkeit der Strafe, die Entbehrung der Freiheit, der Zwang zur Arbeit ꝛc. fortwährend als dieses Uebel erscheine, oder ob es von ihm vielmehr selbst als ein Gut, dessen Nutzen und Segen er zu erfahren beginnt, betrachtet wird. [10]) Solche

10) Allerdings ist es eine in der gewöhnlichen Allgemeinheit ausgesprochene unrichtige Behauptung, daß früher oder später jeder Uebelthäter die gesetzliche Strafe für sich, als Mittel seine sittliche Verschuldung zu tilgen, in Anspruch nehmen werde, da man täglich sieht, wie geneigt die Verbrecher sind, sich aller unrechtlichen und auch der rechtlichen Mittel (z. B. Einreden, Defension, Milderungsgründe, fingirter Zurechnungslosigkeit) zu bedienen, um der Strafe ganz zu entgehen, oder eine gelindere zu begründen; ja unser ganzes strafrechtliches Verfahren ist auf die Voraussetzung zum Theil berechnet, daß der Schuldige zu dem Gericht in einem Verhältnisse des Zwanges, nicht der Freiheit sich befinde. Aber man geht auf der andern Seite in einen intensiv noch größern Irrthum über, wenn man in Fällen, wo Jemand in wahrer Reue und Anerkennung seiner Strafwürdigkeit, sich der Strafgerechtigkeit freiwillig übergiebt und die Strafe fordert, wenn man solche Erscheinungen des sittlichen Rechts, die Frucht des erwachenden Gewissens und religiöser Betrachtung allgemein als Folge einer moralischen Schwäche oder eines krankhaften Seelenzustandes ansehen

Gesinnung kann durch Unterricht, Belehrung und Beispiel in wohleingerichteten Gefangen- und Strafarbeits-Anstalten

---

zu müssen glaubt. Im Gegentheil, es ist oft die wahre moralische Stärke, und die Forderung des gesunden Geistes, daß er der Vernunft und dem Rechte ihr gebührendes Opfer bringe. Eher läßt sich einwenden, daß es leichter sey, sich auf solche Art leidend zu verhalten, als durch fortgesetzte gute Thaten sein Unrecht zu vergüten. Nichts bedarf eines geringern Aufwandes von Nachdenken, als die schnelle Antwort, solche Personen seyen ihrer Geisteskraft nicht mächtig, zumal, wenn man solchen Mangel als Regel präsumirt, und es liege darin, daß sie die wirkliche Strafe als Wohlthat betrachten, eine Verwechslung der s. g. moralischen mit der bürgerlichen Strafbarkeit. Wenn schon diese beide in der Betrachtung nach ihrem eigenthümlichen Gebiete gesondert sind, und in der Praxis ebenfalls so weit von einander geschieden bleiben müssen, als nicht ersterer nothwendiger Einfluß auf letztere gestattet werden muß, so ist doch keineswegs diese Sonderung in dem Gewissen des wahrhaft Reuigen begründet, als welche sonst vielmehr die Heuchler wären. Gerade so wie den Bessern nicht die Furcht vor der bürgerlichen Strafe, sondern das sittliche Gesetz bestimmt. Die Sittlichkeit nimmt in ihr Gebiet das Rechtliche mit auf, das Gewissen zieht in seinen Kreis nicht blos das Verhältniß zu dem göttlichen, sondern eben darum auch zu dem weltlichen Gesetz, denn auch dieß ist das Göttliche. Wer die biblische Lehre und die des canonischen Rechts und den Menschen kennt, auch viele Criminalfälle studirt hat, wird dem Raisonnement des Herrn Dr. Hepp P. 147. 148 nicht beitreten können. Wenn gleich göttliche und weltliche Strafe verschieden sind, so ist doch letztere, über wen sie verhängt wird, göttlicher Wille. Die daselbst behauptete Möglichkeit, der göttlichen Strafe vielleicht zu entgehen, aber nicht der auch der bürgerlichen, kann wohl nur von einer solchen Handlung verstanden werden, die lediglich nach weltlichem, vielleicht transitorischem Rechte strafbar ist. Zwilich wenn der Verbrecher durch die Strafe des weltlichen Richters sich statt mit der göttlichen und weltlichen Gerechtigkeit, vielmehr „mit seinem Schutzgeiste" aussöhnen will, so kann man eher zugeben, daß ihm sein Platz im Irren- und nicht im Zuchthause gebühre.

Nachträglich kann noch auf einen Fall Bezug genommen werden, der an sich und durch die treffliche Art der Darstellung gleich interessant ist. Tartüffe als Mörder, vom Staatsrath A.

erweckt werden, wenn sie gleich leider selten ist, sie ist das Augenmerk von Privat-Vereinen, besonders in Beziehung auf sittlich verwahrloſete jugendliche Verbrecher, in England, Frankreich, Preußen und andern Ländern, der Staat selbst ist, dafür thätig zu seyn, verpflichtet, und wenn schon die Besserung der Verbrecher, weder der Rechtsgrund der Strafe seyn kann, noch der ausschließende Zweck (weil sie

---

von Feuerbach, in Hitzig's Annalen der deutschen und ausländischen Criminal-Rechts-Pflege. Drittes Heft. Berlin 1828. P. 3 — 84. Jetzt auch in dem eben erschienenen zweiten Theile der aktenmäßigen Darstellung merkwürdiger Verbrechen. Gießen, 1829. S. 43. ꝛc. Hier wird (P. 44 ꝛc.) erzählt, daß der Priester Riembauer, welcher vier Jahre hindurch in 99 Verhören die ihm zur Last gelegte Mordthat geleugnet, und mit sophistischer Argumentation, die ihm entgegenstehenden Umstände zu beseitigen gesucht hatte, endlich veranlaßt durch die Hinrichtung eines andern Mörders um ein Verhör bitten ließ, und nun seine Schuld bekannte. Er war durch die Standhaftigkeit, Ruhe und Heiterkeit, womit jener seinem blutigen Ende entgegen ging, seltsam betroffen. Als er bald nachher seine Verwunderung darüber äußerte: wie doch dieser Mörder, noch dazu blos ein Jude, zu solcher Freudigkeit im Sterben gekommen sey? — berichtete man ihm — wie es sich auch wirklich verhielt. Lammfromm (so hieß der Mörder) sey erst von dem Augenblicke an, wo er durch aufrichtiges Geständniß sich mit seinem Gewissen ausgesöhnt, in solche beseligende Gemüthsstimmung versetzt worden, welche ihn seitdem bis an seinen Tod nicht mehr verlassen habe. — Von nun an wurde der christliche Priester unruhiger, ängstlicher, als je, aß und trank wenig, und ließ endlich (sechs Tage nach der erwähnten Hinrichtung des L.) durch den Gefangenwärter um ein Verhör bitten, weil er glaube, an einer bedeutenden Gewissenskrankheit zu leiden, die ihm vielleicht eine aufrichtige Beichte entfernen könne. Er gestand also im 100sten Verhör, und daß er später in Nebenumständen seine Schuld minder schwer darzustellen sucht, giebt keinen Grund gegen unsere Ansicht, die die Erfahrung auch für sich hat, ab. Höchst lehrreich ist auch der Aufsatz von Hitzig: Der Mörder Daniel Schmolling, sein zweites Verbrechen und seine letzten Stunden, in dessen Zeitschrift. Achter Band P. 188 ꝛc.

überhaupt keinen solchen haben kann) so ist sie doch eine möglichst zu berücksichtigende heilsame Folge, welche zu bewirken, der sittliche und christliche Staat zweckmäßige Mittel anwenden muß, und nothwendig auch darf. [11]) Würde es aber vertheidigt und gutgeheißen werden können, wenn man zufolge des Grundsatzes, die Strafe müsse dem Verbrecher ein Uebel seyn, eine Abweichung von dem Gesetze fordern wollte, wenn man wahrnehme, der Sträfling freue sich der ihm übertragenen Arbeit, er gestehe, die Ordnung und das regelmäßige Leben, das er leider nie gekannt, jetzt lieb gewonnen zu haben, ja selbst, wenn er zugäbe, seine Lage außer der Straf-Anstalt sey ihm drückender, beschwerlicher gewesen? Freilich wird dieser Fall von dem Vertheidiger jener Theorie nicht leicht behauptet werden, weil ein bereits gefälltes rechtskräftiges Urtheil hier zurückgenommen und ein neues gesprochen werden müßte, welches ein wirkliches Leiden anordnete, und weil man glauben könnte, die Heuchelei des Sträflings gebe solche fromme Gesinnung zu erkennen, wozu übrigens für diesen kein Interesse da seyn könnte, wenn er dadurch eine Strafverwandlung fürchten müßte. Fürchten, sage ich, weil hier das andere Uebel wenigstens der Art nach ihm härter seyn würde, als das, dem er jetzt unterworfen ist. Allein solche Bestimmung würde irgend eine relative Theorie, die dadurch ihren Zweck sicherer erreichen zu können glaubte, wohl rechtfertigen, wenigstens in eine neue Gesetzgebung aufnehmen können. [12]) Aber selbst, wenn wir den Fall uns denken, der die Besserung durch die

---

11) Vgl. das schöne Rescript des Preuß. Ministerii der Geistlichen-, Unterrichts- und Medicinal-Angelegenheiten, jugendliche Verbrecher betreffend, v. 2. Okt. 1826 bei Hitzig Zeitschrift. XIII. Heft S. 110 und meine Anzeige in den Jahrb. der Jurist. Lit. VII. B. 2. Hft. S. 344 und meine Betrachtung über Julius Jahrb. der Straf- und Besserungs-Anstalten ebendas. X. B. 3. Heft S. 266.

12) In der That erklären sich Manche für die Zulässigkeit der Strafverwandlung auch nach ausgesprochenem Urtheile. Vgl.

Strafe ausschließt, wenn nehmlich das Gesetz die Vernichtung des Verbrechers heischt, würde man die Vollstreckung aufheben, und dem Tode eine andere Strafe unterstellen, weil berichtet würde, der Unglückliche sey bußfertig, und sehe mit Freudigkeit dem Tode entgegen, den er nicht fürchte, der ihm eine Wohlthat und Erlösung erscheine? Wird nicht vielmehr solcher Sinn gewünscht, genährt und durch Hülfe der Kirche vorbereitet, um mit Gerechtigkeit die Todesstrafe zu vollziehen? [13]) Hat man nicht im Gegentheil und mit Recht die Nothwendigkeit anerkannt, die Vollstreckung eines Todesurtheils aufzuschieben, wenn gänzlicher Mangel an religiösen Begriffen, Verwilderung und Rohheit der Gesinnung auf das Bedürfniß besserer Vorbereitung aufmerksam machte, die, wenn sie auch nicht stets erfolgreich ist, doch von dem Staate nicht unversucht bleiben darf, weil er nur den Leib verderben kann und will, aber nicht die Seele? [14]) Man wird hier freilich allerlei einwenden können,

---

die bei Wächter a. a. O. §. 120 Not. 91. P. 242 angeführten Schriftsteller. Dagegen kann man auch die daselbst citirten Stellen benutzen, obgleich sie zu allgemein sind; aber allerdings wer die richtige Ansicht hat, wird die Nothwendigkeit es bei dem einmal gefällten Urtheil zu lassen auch in diesem Falle anerkennen. L. 15 Cod. de poenis. L. 42. u. 55 D. de re judicata. Aber L. 9 § 1 D. de poenis gehört nicht hieher.

13) Vgl. z. B. Preuß. Crim. O. §. 538. — Vom Justiz-Morde, ein Votum der Kirche. Leipzig 1826. P. 18. und Note 14. u. f.

14) Einen interessanten Beleg für diese Ansicht, der zugleich auch zeigt, daß die ältere Praxis keineswegs den Umstand, daß Jemand die gesetzlich verwirkte Todesstrafe wünsche, zur Verwandlung derselben in eine Strafe anderer Art für erheblich hielt, giebt Frölichs von Frölichsburg Commentarius in Kaiser Carl V. P. G. O. Th. II. Buch I. Titel 3. § 63.... Ehe ich die betreffende Stelle mittheile, will ich mich gegen die Billigung des Hexen-Prozesses und die Annahme der Möglichkeit des Verbrechens der Zauberei um so mehr verwahren, als diese neuerdings wenigstens einigermaaßen wieder zu Ehren gebracht worden. Vgl. Hitzigs

da wir uns hier auf dem Gebiet der beſtrittenen Lehre von Kirche und Staat befinden; allein die Anſicht, die ich theo-

Annalen 2. Heft. P. 7 und 3. Heft P. 182 ꝛc. Denn es kommt hier nur auf die Anſicht an, die ſich hier und unter den gegebenen Vorausſetzungen völlig richtig ausſprach. Es iſt die Rede davon, daß nach bekannten Grundſätzen junge Verbrecher mit der Todesſtrafe zu verſchonen ſeyen, ſo fern nicht bei dieſem ſchweren Verbrechen, die Schuldigen dem 14ten Jahre nahe ſeyn, oder ſonſt malitia supplet aetatem, auch die Hoffnung der Beſſerung nicht ſich bewähre. „In des Joh. Koffleri Tractatulo q. 3. N. 8 iſt zu finden, daß zu Salzburg die jungen Hexen und Zauberbuben, ſo annoch die Vogtbarkeit oder das 14te Jahr nicht erreicht, und dennoch bei ziemlicher Bosheit und Verſtand geweſen, auch gütig bekannt haben, daß ſie dieſem Laſter beigethan, zu ehrlichen Leuten in Correktion und Zucht gegeben worden, aus Hoffnung, daß ſie mit anwachſenden Jahren ihre verderbte unverſtändige Weiſe laſſen würden; aber umſonſt, maſſen ſie von Jahren zu Jahren ärger worden, und von ihren teufeliſchen einmal erlernten Poſſen nicht mehr abzuwenden geweſen; dannenhero, damit man dero Seelen noch gewinnen möge, habe man die an dergleichen Alter ſonſt zu erzeigende Barmherzigkeit bei Seiten geſetzt, und ſelbige mittelſt des Fall-Beils hingerichtet; wie denn Manz in ſeinen Decis. Palat. in decad. praest. crim. auch von einem Buben lehret, der, unerachtet aller angewandten Mühe, von dem Teufel ſich nicht mehr entledigen mögen, und dahero ſelbſten, zu Erhaltung ſeiner Seelen Seeligkeit, um die Exekution angehalten, die ihm auch wiederfahren.“ Wie groß auch die Verirrungen der Zeit waren, ſo leuchtete dennoch ein praktiſcher und guter Sinn durch, den kein Billiger verkennen wird, der die Zeit in ihrer Eigenthümlichkeit beurtheilt.

Es wird Entſchuldigung finden, wenn ich mich auch auf eine nicht juriſtiſche Autorität beziehe. Shakespeare, dieſer tiefe Kenner des Menſchen, in deſſen Dramen die Anſichten der Zeit und der Menſchen, in unübertrefflicher Wahrheit niedergelegt ſind, läßt in Hamlet Akt 1 Scene 5. den Geiſt des ermordeten Königs ſprechen:

So ward ich ſchlafend und durch Mörderhand
In meiner Sünden Blüthe hingerafft,
Ohne Nachtmahl, ungebeichtet, ohne Oelung
Die Rechnung nicht geſchloſſen, ins Gericht
Mit aller Schuld auf meinem Haupt geſandt. —
(Ueberſetzung von A. W. Schlegel.)

retisch für die richtige halte, wird durch die Praxis und den wahren unbefangenen sittlichen Sinn unterstützt. Man hat früherhin es für einen besonders hervorzuhebenden Fortschritt

---

Hierauf bezieht sich weiter, was Hamlet Akt 3. Scene 3. sagt, wo er den betenden König, den Mörder seines Vaters, nicht jetzt, sondern dann zur Rache zu tödten sich vornimmt, wo er unvorbereitet seyn werde, damit ihn desto gewisser ewige Strafe treffe,

— Jetzt könnt ich's thun, bequem, er ist im Beten.
Jetzt will ichs thun — und so geht er gen Himmel
Und so bin ich gerächt? Das hieß: ein Bube
Ermordet meinen Vater, und dafür
Sandt' ich, sein einziger Sohn, denselben Buben
Gen Himmel.
Ey, das wär Sold und Löhnung, Rache nicht.
Er überfiel in Wüstheit meinen Vater
Voll Speis', in seiner Sünden Mayenblüthe.
Wie seine Rechnung steht, weiß nur der Himmel,
Allein nach unsrer Denkart und Vermuthung
Ergehts ihm schlimm: und bin ich dann gerächt,
Wenn ich in seiner Heiligung ihn fasse,
Bereitet und geschickt zum Uebergang?
Nein.
Hinein du Schwert! sey schrecklicher gezückt!
Wenn er berauscht ist, schlafend, in der Wuth ꝛc.

Damit vergleiche man: Lebens- und Bekehrungs-Geschichte des Doktors der Rechte F. D... eines am 30. Sept. 1817 zu Aarwangen im Canton Bern hingerichteten Diebes und Mörders, von ihm selbst im Gefängnisse geschrieben. Aus dem Französ. übersetzt von Fr. Ad. T... Mit einer Vorrede von J. E. Hitzig. Berlin 1827. Besonders S. 107 und die lesenswerthe Vorrede von Hitzig, nebst dem, was aus der Vorrede von Dr. Münter zur Bekehrungsgeschichte des von Struensee mitgetheilt wird. Ueberhaupt ist jenes Buch für den Gegenstand dieser Untersuchung sehr wichtig, und kann den Unerfahrnen, denen für ihre erlernte Kenntniß, das Tiefste und Nothwendigste noch fehlt, zur Belehrung dienen, was das Wesen und die Bedeutung der Strafe in sittlicher Rücksicht sey. — Endlich „des Negers Lancasters Gefängniß und Hinrichtung" in N. 10 des Jahrgangs 1829 des Barmer Missions-Blattes S. 37—40.

der wiſſenſchaftlichen Betrachtung gehalten, Recht und Sittlichkeit, und mit dieſer die Religion völlig von einander zu trennen, und legt, nachdem man in neuerer Zeit den Zuſammenhang und das Ineinandergreifen derſelben wieder mehr zu erkennen anfängt, insbeſondere die ſittliche Grundlage verſchiedener Inſtitute mehr auffaßt, die man gewöhnlich aus dem bloßen juriſtiſchen Geſichtspunkte behandelt hat, von manchen Seiten einen großen Werth darauf, alles Ethiſche ꝛc. von dem Recht, namentlich dem Strafrecht auszuſcheiden, indem man mit der ſchnellen Entgegnung bei der Hand iſt, man ſolle ſich vor Verwechslungen des Rechtlichen mit dem Moraliſchen ꝛc. hüten. Allerdings ſind, wo es ſtreng wiſſenſchaftlicher Scheidungen bedarf, ſolche Verwechslungen unrichtig, ſelbſt von nachtheiligen Folgen für die der Unterſuchung zu unterwerfenden Gegenſtände. Allein wie Recht, Sittlichkeit, Religion nur eigenthümliche Erſcheinungen derſelben einen Wahrheit ſind, nur auf zum Theil verſchiedenen Gebieten und in verſchiedener, durch den Stoff gegebener nothwendiger Form, ſo haben ſie auch in der Wirklichkeit und im Leben ihre Berührungs-Punkte und nahe gegenſeitige Beziehungen, ſo dienen ſie eine der andern zur Grundlage, und die Wiſſenſchaft hat gerade auch die Aufgabe, ſolche Verhältniſſe aufzufaſſen, und nach ihrem Umfang und Gränzen näher zu beſtimmen. Es iſt daher nicht allemal eine Verwechslung der Begriffe, wenn in einer Theorie, auch Lehrſätze aus andern angrenzenden, wo es nothwendig iſt, aufgenommen worden, und insbeſondere kann es nicht mit Grund zum Vorwurf gemacht werden, wenn im Strafrecht auch von einem ethiſchen Princip und bei der Behandlung des einzelnen Strafbaren auch von ſeiner religiöſen Seite ꝛc. die Rede iſt, die der Staat nicht hervorbringen kann, aber deren Wirklichkeit oder Möglichkeit er berückſichtigen muß. Gegen die Schulſtreitigkeiten hat ſich hier auch meiſt eine richtige Verfahrungsweiſe geltend gemacht, und wo es nicht der Fall war, da hat unſere Zeit und die ihr vorhergegangene Gelegenheit gehabt, die ſchäd-

lichen Folgen solcher Isolirung des Juristischen und des bei Seitesetzens seiner sittlichen Grundlage recht deutlich und empfindlich wahrzunehmen.

Es ist bisher wohl genügend dargethan, daß eine Strafverwandlung von dem Richter nicht vorgenommen werden könne, ohne selbst wieder in Zufälligkeiten, folglich auch Unrechtmäßigkeiten zu gerathen, und dadurch auch Nachtheile anderer Art zu bewirken. Es bleibt also nothwendig (wenn nicht andere rechtliche Gründe eintreten, wonach eine Abweichung von dem bestimmten verwirkten Strafgesetze statt finden muß) bei der Zuerkennung und Vollstreckung der vorgeschriebenen Strafe, als welche allein nach allen andern Rücksichten, die neben denjenigen auf den Verbrecher selbst zu beobachten sind, die gerechte ist. Sollte ohnerachtet der bisherigen Bemerkungen, daß nehmlich die Strafe überhaupt ein Uebel sey, daß sie es auch der Erfahrung nach, für den Verbrecher eben so wohl sey, als sie nach einem andern Gesichtspunkte es gar nicht zu seyn brauchte, sondern wirklich eine Wohlthat sey, d. h. nicht unmittelbar und an sich, sondern erst vermittelt durch die Gesinnung, mit welcher der Strafbare, sich derselben als einer verdienten unterwirft — sollte, sage ich, dennoch ausnahmsweise ein Fall eintreten, wo der Verbrecher, indem er von dem rechten Geist noch nicht beseelt ist, oder aus andern individuellen Gründen, sie wirklich nicht als Uebel empfindet, so mag diese Ausnahme, die gewiß selten seyn wird, leichter geduldet werden, und sie ist gewiß dem Ganzen und der Bestimmung der Handhabung der Gerechtigkeit und der Aufrechthaltung des Gesetzes minder nachtheilig, als die entgegengesetzte, welche durch die Abweichung von dem Gesetze gemacht würde. Auch ist nicht zu übersehen, daß die erste Ausnahme, wo dem Verbrecher die Strafe nicht als Uebel erscheint, sich nur auf ihn, nur auf das Subjective, jene andere aber, wo eben deshalb von dem allgemeinen Gesetze abgewichen würde, sich auf das Allgemeine Objective bezieht, welches als solches heilig gehalten und befolgt werden muß.

Wir wenden uns nun zu dem andern seltenen Falle, wo Jemand das Uebel, welches sonst in einer bestimmten Strafe liegt, als einen Vortheil für sich betrachtet, den er sich zu verschaffen strebt, und als dessen Mittel ihm das Verbrechen dienen soll, welches, wie er weiß oder glaubt, mit solcher gesetzlicher Folge verbunden ist. Seltener wird dieser Fall seyn, nicht nur, weil es einer besondern Gemüthsstimmung und Ansicht, besonderer Voraussetzungen in dem Subjekt bedarf, wenn Jemand, nicht wie in dem vorigen Fall das Verbrechen will, und nur die Strafe nicht scheut, sondern letztere suchte und ersteres nur begehen will, um seinen Zweck sicher zu erreichen, sondern auch deßhalb, weil es leicht andere Mittel giebt, die sich dem Subjekt darbieten, um dieselbe Folge für sich zu begründen, die er vermittelst der Strafgerechtigkeit herbeiführen konnte. Z. B. wenn Jemand seines Lebens überdrüßig wäre, wo der Selbstmord sicherer und auf jeden Fall schneller zum Ziele führt, als die Bewirkung der Lebens-Vernichtung durch die strafende Gerechtigkeit.[14b] Nun blieben freilich noch andere Fälle übrig, wo dem Individuum die Strafe, als eine Wohlthat, nicht im früher erwähnten Sinn der Moral, sondern in einem mehr äußerlichen, erscheinen kann, und er außer Stande ist, sie sich auf anderm Wege zu verschaffen, z. B. wenn ihm die Aufnahme in eine human eingerichtetete Gefangen-Anstalt, um seines Lebens

---

14b.) Der Selbstankläger aus Lebensüberdruß und falschen Religionsbegriffen in Hitzigs Annalen, 3. Hft. pag. 115 — 117. Jemand hatte sich (im französischen) des Mordes schuldig angegeben. Indicien waren gegen ihn, dennoch war er ganz unschuldig. Er bekannte später — „er habe sich verurtheilen lassen, sich ein Verdienst vor Gott zu erwerben, — er sey zwar ein großer Sünder, diesen Mord aber habe er nicht begangen. Er sey des Lebens müde gewesen, und da es verboten sey, sich selbst ums Leben zu bringen, so habe er sich dasselbe durch das Gericht absprechen lassen wollen.“ Ein ähnliches Raisonnement über das Verhältniß des unmittelbaren Selbstmordes zu dem auf diese andere Weise beabsichtigten s. in Klein's Annalen No. 1.

Unterhalts willen, als ein Vortheil, gegenüber seinem bisherigen äußeren Lebenswandel, seiner Noth und Furcht vor Gefahren, wünschenswerth ist. Die Bewirkung dieser beiden Folgen — Tod oder Versorgung — ist es, worauf sich die Möglichkeit beschränken wird, daß Jemand das Strafübel als Gut ansieht. Bei andern Arten z. B. den Ehrenstrafen, körperlichen Züchtigungen, gänzlicher oder theilweiser Entziehung des Vermögens, wird sich der Fall nicht ereignen: daher sind auch vorzugsweise jene beiden Fälle von denen berücksichtigt, welche die Nothwendigkeit einer Strafverwandlung behaupten. Dennoch können unter Umständen, und mit Rücksicht auf bestimmte Verhältnisse des öffentlichen Rechts auch Strafübel anderer Art, von Jemand so gewünscht werden, daß er, bei einer Geneigtheit zum Gesetzwidrigen überhaupt, um ihrer theilhaftig zu werden, eine strafbare Handlung sich zu Schulden kommen läßt. Nehmen wir an, Jemand, des Lebens in seinem Geburtsland überdrüßig, habe Lust sich nach einer Kolonie deportiren zu lassen, oder ein Individuum, dem die begonnene Ableistung seiner militairischen Verpflichtung lästig ist, welchem kein anderes Mittel zu Gebote stehe, sich von derselben frei zu machen, verübte eine Handlung, die, nach den militairischen Gesetzen, mit Ausstoßung aus dem Soldatenstande geahndet werden soll! Diese Fälle wollen wir gleich entscheiden, weil sie nicht wenig dazu beitragen, den richtigen Gesichtspunkt der Sache zu bestärken. In der Nöthigung zum Aufenthalt in einer Verbrecher-Kolonie (wir denken hier zunächst an diese Strafe, wie sie nach englischen Gesetzen üblich ist), liegt ein Uebel, weil sie, wie die Strafe überhaupt Zwang, und Folge eines Verbrechens ist; sie hat aber unter andern noch zwei andere Seiten, wonach sie für die bürgerliche Gesellschaft und den Sträfling selbst einen Vortheil bewirken soll, nehmlich jene soll durch die Entfernung des Frevlers gesichert, und wenn er einst gebessert ist, eines brauchbaren Mitgliedes wiederum theilhaftig werden: dieser selbst soll zum Nutzen der Gesellschaft und zu seinem eignen Frommen wo möglich gebessert

werden. Hält nun Jemand ausnahmsweise diesen Vortheil so hoch, daß er, um ihn zu erreichen, sich nicht scheut, ein Verbrechen zu verüben, soll nun deshalb, weil er die wirklich, aber mittelbar vortheilhafte Anstalt, nicht als Uebel betrachtet, sie in Beziehung auf ihn nicht zur Anwendung kommen, da man doch aus seinem Benehmen ersieht, daß er der Besserung durch dieselbe recht bedarf, und daß gerade hier kein dringenderer Grund, als in andern Fällen obwaltet, ein Mißlingen zu fürchten? Sollen die Vortheile für die Gesellschaft, die zugleich bei dieser Strafart beabsichtigt sind, durch die Zufälligkeit der Ansicht des Individuums, aufgehoben werden? Die Ausstoßung aus dem Soldatenstande zur Strafe wegen Vergehen, ist eine entehrende Strafe für den Unwürdigen, aber sie soll auch zur Aufrechthaltung der Würde eines Standes dienen, der noch in höherm Grade als andere dem öffentlichen Dienst sich widmende Stände, durch äußere Ehre für viele Beschwerden entschädigt werden soll. Wenn nun, nach dem eben Bemerkten, diese Art, den Beschwerden des Dienstes zu entgehen, für Jemand kein Uebel ist, sondern vielmehr der Zweck seiner verbrecherischen Handlung, soll deshalb, nach der Meinung der Gegner, damit er nicht Vortheil von seiner Handlung habe, er, gegen das Gesetz, und gegen die Ehre der Uebrigen, fortwährend im Dienst behalten werden? Hat diese Maaßregel nicht auch Beziehung auf die einzelnen Kameraden, die Ehre der Genossenschaft, das Wesen des Dienstes? Und, wenn ihn, wie andere, das Uebel verachtende Sträflinge, die Schande seiner That und Strafe trift, so ist das Uebel, so weit es erfordert wird, nicht vereitelt, und es bleibt im Uebrigen ganz zufällig, ob er mit den Folgen seiner That zufrieden ist, oder nicht.

Kehren wir aber zurück zu der allgemeinen Betrachtung der Fälle dieser Art. Der Hauptgrund, warum seltener die Frage vorkommt, wie es zu halten sey, wenn Jemand die Strafe als Wohlthat ansieht, liegt darin, daß demjenigen, der nicht ganz schecht geworden ist, die Strafe über-

haupt, schon darum, weil sie Folge des Verbrechens ist, als Uebel, als Gegenstand der Vermeidung erscheint, und sich also doch nicht so leicht Jemand blos deshalb zum Verbrechen entschließen wird, weil er dessen Folge wünscht. Wer sich nach dem Ende seiner Tage sehnt, verlangt doch nicht den Tod des Verbrechers, und wünscht nicht die Brandmarkung seines Gedächtnisses, der Dürftige, trägt leichter seine Bürde, als daß er mit Nichtswürdigen in Gemeinschaft, ein vielleicht minder beschwerliches Leben zu führen geneigt wäre! Aber, wenn es dennoch der Fall ist? Man muß annehmen, was die tägliche Erfahrung lehrt, daß die Furcht vor dem Strafübel, keineswegs abschreckend genug sich äußert, denn es werden immer Verbrechen begangen, umgekehrt, wenn andere und bessere Gründe die meisten Menschen von Gesetzübertretungen abhalten, kann man sich auch beruhigen, es werde Jemand dadurch allein noch nicht zum Verbrecher werden, daß ihm dasjenige Gegenstand seiner Wünsche ist, was die Gesetze als Mittel der Ahndung ihrer Verletzung aufgestellt haben. Ist aber Jemand so weit entfernt von dem Wege der Rechtlichkeit, daß ihn nicht, wie den andern Verbrechern, die Handlung selbst Gegenstand seines s. g. Begehrungs-Vermögens war, sondern nur das gleichgültige Mittel eines andern Zweckes, so kann man sich wohl zuweilen in Verlegenheit befinden, und hier am leichtesten auf die Nothwendigkeit einer Ausnahme kommen. Der Sinn dieser Ausnahme, wie sie behauptet wird, ist zwar keineswegs der, daß den Schuldige nun straflos, oder minder strafbar seyn solle, man will ein Aequivalent für die gesetzliche, hier angeblich unanwendbare Strafart, ja wohl gar eine Schärfung; allein, sofern man die Todesstrafe für die schwerste hält, und mit Recht [15]) erhält es den Anschein, als läge in der Strafverwandlung zugleich eine Milderung, und dies ist besonders zu beachten, wegen des hier leicht möglis-

15) Feuerbach Bibliothek des peinl. Rechts. Band II. St. I. No. 4.

chen Mißbrauchs, dem jene Theorie, welche die Verwandlung der beabsichtigten Todesstrafe in eine andere, die Freiheit beschränkende, zuläßt, ausgesetzt ist. Die Verlegenheit, deren wir gedacht haben, findet sich nehmlich bei den Vertheidigern der Theorieen, welche die Strafe hauptsächlich als Mittel eines bestimmten Zwecks betrachten, zu dessen Erreichung sie die Eigenschaft derselben als eines Uebels für den Einzelnen, auch in dem engsten Sinn fordern, in welchem nach unserer bisher ausgeführten Ansicht sie keineswegs dieses allgemein zu seyn braucht, obgleich sie es meist seyn wird. Also, wenn durch Androhung, Warnung, s. g. psychologischen Zwang, oder wenn durch die Vollstreckung, mittelst Prävention ꝛc. der Wille des gefährlich gewesenen Subjekts, von künftigen Gesetzübertretungen abgehalten werden soll, welche Wirkung, fragt man dann, soll von einer angekündigten Folge der Uebertretung erwartet werden, die der Mensch nicht zu meiden, sondern zu erstreben sucht? Ist es hier nicht zweckmäßig, dem Richter zu erlauben, durch eine im besondern Fall vorzunehmende Strafverwandlung, den Mangel der Gesetzgebung zu ergänzen, die in Berücksichtigung solcher ausnahmsweisen Möglichkeit dafür hätte sorgen sollen, daß jeder wisse, er werde in diesem Falle seine Absicht nicht erreichen, sondern in der Strafe, ein von ihm gefürchtetes Uebel, erleiden. Aber, haben denn in den andern Fällen, wo Jemand die Strafe nicht als einen Vortheil suchte, und das Verbrechen beging, diese Theorieen ihren Zweck erreicht? Und wenn sie auch auf andere, als den Verbrecher, ihren Zweck beziehen, läßt sich daraus allein die Rechtmäßigkeit der Abweichung darthun? Man mag es bedauern, wenn die Gesetzgebung in der Wahl der Strafübel nicht mit der gehörigen Umsicht vorging, aber wie ihre Bestimmungen getroffen sind, muß sie der Richter anwenden, da sie durch die ihm vorgeschriebenen Bestimmungen ihre Zwecke glaubt erreichen zu können, und ihm nicht das Recht zusteht, sich hier an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen, denn es ist die Rede von dem Falle, wo das Strafgesetz seiner eignen Thätigkeit

nichts mehr übrig läßt, als das Urtheil der Nothwendigkeit der Anwendung. Andere relative Theorieen, der Besserung, der Selbsterhaltung des Staats durch angebliche Nothwehr gegen den Uebertreter der Gesetze, so wie die, welche vorzugsweise durch Vollstreckung der Strafe auf andere Personen außer dem Verbrecher selbst, eine Wirkung zu erreichen beabsichtigen, (die Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit hier nicht zu erörtern), können mit unserm Grundsatz der Nothwendigkeit die gesetzliche Strafe anzuwenden, vollkommen übereinstimmen, und wenn einzelne Vertheidiger derselben das Gegentheil annehmen, so läßt sich dasselbe wenigstens aus ihren Vordersätzen nicht ableiten.

Wir wollen aber den wichtigsten Fall, wo Jemand um den Tod zu leiden, ein todeswürdiges Verbrechen beging, näher zu betrachten, und dabei einmal annehmen, es sey dieser Grund seiner Handlung so vollständig und unzweifelhaft dargethan, wie es wohl höchst selten der Fall seyn wird, um hier an die Nothwendigkeit einer andern Strafart denken zu können. Wenn das Gesetz, bei gewissen höchst gefährlichen Verbrechen, die Unstatthaftigkeit des fernern Lebens des Missethäters ausspricht, und die Vernichtung seines irdischen Daseyns für nothwendig erklärt, ist hier nicht die Nothwendigkeit, dem Recht seinen Lauf zu lassen, dringender als je, wenn Jemand auf so empörende Weise seine schändliche Gesinnung geoffenbart hat? Kann, abgesehen von den früher erwähnten Gründen, die den Richter verpflichten, nur nach dem Gesetz zu urtheilen, der Umstand, daß der Verbrecher den Tod suchte, ihn berechtigen, eine gesetzliche Folge des Verbrechens abzuwenden, die als die allein zum Ziel führende ausgesprochen ist? [16]) Wir fügen hinzu:

16) Wenn sich die Zulässigkeit der Todesstrafe aus sittlichen und rechtlichen Gründen darthun läßt, so sind diese wesentlich andere, als die politischen Rücksichten, die ihre Anwendung räthlich machen, und welche, wenn sie durch erstere nicht unterstützt werden, oder vielmehr erst ihre wahre Grundlagen erhalten, durchaus nicht zu ihrer Rechtfertigung gebraucht werden können.

das Charakteristische der Todesstrafe ist nicht sowohl irgend ein Leiden des Verbrechers, sondern dessen gänzliche Vernichtung, eine Ansicht, die wir noch besonders auszuführen bemüht seyn werden. Ob Jemand den Tod fürchte, oder ihn wünsche, ob dieser Wunsch gleich anfangs, oder erst nach dem begangenen Verbrechen, in ihm rege sey, kann hier überall nicht in Betracht kommen, wo das Gesetz die Lebensberaubung, als letzte traurige, aber nach der Zeit- und Volks-Ansicht unentbehrliche Forderung der Gerechtigkeit gebietet. Wer sein Leben nicht achtet, kann freilich sehr gefährlich seyn, sofern er sich des Verbrechens als Mittel des Todes zu bedienen veranlaßt seyn könnte; gerade in diesem Sinne erklärt auch das Römische Recht, den, der zum Selbstmorde schreitet, für ein gefährliches Glied der Gesellschaft,[17])

Auch die einzelnen Verbrechensfälle, worauf das Gesetz den Tod setzt, sollten nicht durch andere Gründe, als durch den, todeswürdig seyn, weil des Urhebers Leben, nach einer anerkannten höhern Nothwendigkeit nicht mehr dauern darf. Ist solche Nothwendigkeit vorhanden (verschieden von äußerer Noth), so wird sie nicht durch den Umstand aufgehoben, daß der Missethäter dieselbe absichtlich herbeigeführt hat. Wenn also hier, aus blos politischen, nicht rechtlichen Rücksichten, eine Ausnahme gemacht, und statt der für nothwendig erachteten Vernichtung des Lebens, die Erhaltung desselben statt findet, so wird dadurch das Recht zur Anwendung der Todesstrafen in allen andern Fällen zweifelhaft, und die Todesstrafe erscheint dann auch nur als politische Maaßregel. Siehe meine Bemerkungen hierüber in den Erlanger Jahrbüchern der jurist. Literatur. Bd. IX. Hft. I. P. 64 und 81 ꝛc.

17) Vgl. Marcian. in L. 3. §. 6. D. de bonis eorum qui ante sententiam. „Sic autem hoc distinguitur, interesse qua ex causa quis sibi mortem conscivit: sicuti cum quaeritur an is, qui sibi manus intulit et non perpetravit, debeat puniri, quasi de se sententiam detulit? nam omnimodo puniendus est, nisi taedio vitae, vel impatientia alicuius doloris coactus est hoc facere. Et merito, si sine causa sibi manus intulit, puniendus est: qui enim sibi non pepercit, multo minus alii

aber eben darum ist gegen erstern kein Grund da, ihn am Leben zu lassen. Er leide den Tod, den er verwirkt hat. Aber wir haben auch bereits erinnert, daß weder die Furcht überhaupt vor Verbrechen abhält, noch daß es gefordert werden kann, man sollte den Tod fürchten, da theils überhaupt der Mensch sich mit dem Gedanken an denselben vertraut machen soll, theils auch im Staat unter bestimmten Voraussetzungen gerade die Verzichtleistung auf das Leben z. B. von Seiten der Vertheidiger des Vaterlandes, als Tugend der Tapferkeit vorausgesetzt wird.[18]) Es wäre widersinnig, gerade im Kriege, und bei der beständigen Aussicht des Todes im Kampfe, militairische Vergehen mit Todesstrafe zu bedrohen, wenn die Gesetzgeber nicht richtig den Unterschied einsähen zwischen der heldenmüthigen Hingebung für das Vaterland, und dem Tod durch das Kriegsrecht, indem die Voraussetzungen, welche die eine und den anderen wünschenswerth machen, wesentlich verschieden sind, ja einander geradezu ausschließen. Aber theils ist hier die Todesstrafe

---

parcet." Ulp. L. 23. §. 3. D. de aedil. edicto XXIII. „Malus servus creditus est qui aliquid facit, quo magis se rebus humanis extrahat ut puta laqueum torsit, sive medicamentum pro veneno bibit, praecipitemve se ex alto miserit, aliudve quid fecerit, quo facto speravit mortem perventuram: tanquam nonnihil in alium ausurus, qui hoc adversus se ausus est."

18) Man kann auch den Zweikampf als Beispiel eines Vergehens anführen, wo sich die Todes-Verachtung oder die Geringschätzung des Lebens unmittelbar auszusprechen Gelegenheit haben kann. Insbesondere da hier ein durch Standes-Vorurtheile veranlaßtes Vergehen vorliegt, dessen auch solche Personen sich schuldig machen können, die bei sonst gesetzmäßigem Verhalten und guter Gesinnung nicht in die Klasse der gewöhnlichen Gesetz-Uebertreter gerechnet werden dürfen, so ist von der abschreckenden Wirkung des Strafgesetzes wenig zu erwarten. Durch die Handlung selbst, welche hier nach der herrschenden Denkweise nicht, wie bei andern Verbrechern, den Abscheu des Individuums erregt, setzt er sich freiwillig der größern Gefahr aus, oder mindestens keiner kleineren, als ihm das Strafgesetz drohet.

als Strafe ein Uebel, theils der Grund derselben eine höhere Nothwendigkeit, als die untergeordnete Rücksicht auf den Verbrecher.

So wenig nun in allen bisher betrachteten Fällen der Richter zu einer Abweichung von den Bestimmungen des Gesetzes befugt ist, so wenig kann eine oberrichterliche Behörde dieselbe, auf den Grund einer Anfrage oder Berichterstattung, oder einer von ihr in weiterer Instanz zu fällenden Entscheidung, verfügen, weil auch sie als richterliche, nicht andern Grundsätzen, als die unterrichterliche unterworfen ist. Auch daß die gesetzgebende Gewalt, der Landesherr in dem einzelnen Fall eine Ausnahme bestimmen, kann nicht wohl gerechtfertigt werden. Ihm steht das schöne und nothwendige Vorrecht zur Seite, aus höhern Gründen Gnade an die Stelle des strengen Rechtes treten zu lassen, aber nicht andere Ausnahmen von dem Gesetz, gleichsam Privilegia in einem Sinne anzuordnen, und mit rückwirkender Kraft, wie sie bei uns nicht mehr vorkommen. Es bliebe also nur der Fall auszunehmen, wo die Voraussetzungen der Begnadigung mittelst Substituirung einer andern gelindern Strafart einträten.

Wir knüpfen noch einige gemeinschaftliche Bemerkungen an die Betrachtung des Verhältnisses des Richters zu dem Gesetze in dem vorausgesetzten Falle.

Wir sind davon ausgegangen, daß bei einer Collision des Satzes — die Strafe soll auch im einzelnen Anwendungsfalle ein Uebel seyn, mit dem Princip der Nothwendigkeit das Gesetz zu befolgen und anzuwenden, ersterer nachstehn müsse, und an sich keine solche Bedeutung habe, daß ihm das Recht aufgeopfert werden dürfe. Diese Collision ist aber gleich anfangs als eine seltene Ausnahme bezeichnet worden. Wenn daher dieselbe vermieden werden kann, wenn und so weit es möglich ist, in der Anwendung einer gewissen Strafart, die Zufügung eines wirklichen Uebels, mit dem Gehor-

sam gegen das Gesetz zu verbinden, so ist es Pflicht für den Richter, dieses zu thun — und es ergiebt sich hiernach ohne weitere Ausführung, welche Gesichtspunkte in dieser Beziehung von dem Richter bei der Urtheilsfällung zu beachten sind, wenn die Ahndung zufolge eines unbestimmten oder eines alternativen Strafgesetzes zu messen und festzusetzen ist. In dem Begriffe des ganz oder theilweise unbestimmten Gesetzes, welches für den concreten Fall, dem Richter die nähere Bestimmung des gerechten Maaßes überläßt, und zur Pflicht macht, liegt es, daß die Berücksichtigung des concreten Verhältnisses, so weit sie in den Umfang des dem Urtheiler gestatteten Ermessens fällt, nicht eine Abweichung vom Gesetze, sondern eine Anwendung desselben enthält.

Ferner: Sollte erweislich die Absicht des Schuldigen, des Strafübels, als einer Wohlthat theilhaftig zu werden, ihren Grund in einem die Möglichkeit der Zurechnung aufhebenden Seelen-Zustand haben, so wird diese Strafart nicht, aber überhaupt auch keine andere zur Anwendung kommen, weil hier eine nothwendige Voraussetzung, der Handlung, folglich auch der Strafbarkeit und der Bestrafung selbst fehlt. Nur muß man sich auch hier wieder vor der zu allgemein behaupteten Annahme, wohl gar der Vermuthung der Zurechnungslosigkeit hüten. Ist man dann noch der gänzlich willkührlichen und durch nichts gerechtfertigten Ansicht zugethan, die sich, nebst andern Unfug in dieser Lehre, in neuerer Zeit geltend zu machen sucht, daß zu jeder zuzurechnenden Gesetzübertretung eine erkennbare causa facinoris erfordert, und in Ermanglung derselben auf eine Geistes-Krankheit (z. B. s. g. mania occulta) geschlossen werden müsse, so wird es mit Hülfe der Verschmitztheit eines Missethäters, welcher, um der Strafe zu entgehen, vorgiebt, dieselbe gewünscht, und durch seine That bezweckt zu haben, einen Kettenschluß geben, der alles Recht zu untergraben droht. Es muß also nicht minder über die Zurechnungsfähigkeit, als über die Wahrheit des Falles, daß dem Verbrecher diese Strafe kein Uebel sey, die erforderliche Gewiß-

heit vorhanden seyn, um darauf so weit, als es mit dem Gesetze vereinbar ist, Rücksicht nehmen zu können.

Wir haben bisher das Verhältniß des erkennenden Richters zum Gegenstand der Untersuchung gemacht, und die Verneinung der Frage aus allgemeinen Principien zu begründen gesucht, da das gemeine Recht eine positive Norm weder unmittelbar noch mittelbar enthält, welches zur speziellen Entscheidung gebraucht werden könnte: dennoch darf man nach den allgemeinen Principien mit größerer Sicherheit annehmen, daß es in jenem besondern Falle keine abweichende Behandlung zulassen wollte, als daß es jenen Fall übersehen habe. Daher müßte schon im Zweifel eher die Befolgung, als die Abweichung des Gesetzes von Seiten des Richters statt finden. [19])

Dies führt uns auf den andern Gesichtspunkt der Sache — den legislativen und politischen. Wenn nehmlich der Grund, warum dem urtheilenden Richter die Strafverwandlung nicht gestattet werden kann, aus dem Gesetz selbst entnommen ist, dem er keine politischen Voraussetzungen willkührlich unterlegen darf, um dann unter dem Vorwande einer fehlenden Voraussetzung, das Gesetz unangewendet zu lassen, so kann nun die Frage entstehn, ob der Gesetzgeber zweckmäßig für den vorliegenden Fall eine Ausnahme von der Regel, also ein eigenes Gesetz anordne? Wir dürfen hier kürzer seyn, weil bereits in dem Vorhergehenden politische Gründe, und die hiemit in Verbindung stehenden Thatsachen erwähnt sind, so z. B. daß die subjektive Empfänglichkeit für Gut und Uebel nur nach der gewöhnlichen Erfahrung bemessen werden könne, daß die Strafe auch noch andere Beziehungen habe, als die auf den Verbrecher, daß sie die Bestimmung, von Verbrechen abzuhalten, nicht als die hauptsächlichste habe, noch haben könne ꝛc. Eben so ist bemerkt worden, wie fern namentlich die relativen Strafrechtsthe-

19) Vgl. Note 1 und 12.

rieen eine solche Ausnahme fordern oder nicht. Die Betrachtung dieser Frage ist nicht ohne praktisches Interesse in einem Zeitpunkte, wo Entwürfe zu neuern Strafgesetzgebungen, und zu Revisionen älterer vorliegen. Ein Gesetz, welches den Richter zur Strafverwandlung ermächtigen würde, müßte vorzugsweise den Fall vor Augen haben, wo Jemand, die Strafe als eine Wohlthat betrachtend, das Verbrechen, als Mittel der Erreichung seiner Absicht verübt hätte, und dann aussprechen, daß er unter einer solchen Voraussetzung seinen Zweck nicht erreichen, sondern mit einem andern von ihm nicht gewünschten Uebel belegt werden solle. Denn der andere, früher betrachtete Fall, kann zu keiner Ausnahme rechtlich veranlassen, und dazu ist auch kein Bedürfniß, wenn theils die Strafbestimmungen zweckmäßig sind, theils durch Zulassung alternativer Strafen dem Richter die Möglichkeit gewährt ist, auch im concreten Falle, den Schuldigen mit einem wirklichen Uebel zu belegen, obgleich der Gründe, welche es rathsam machen, für manche Vergehen alternative Strafen anzudrohen, noch weit mehrere sind, als die Rücksicht auf die Möglichkeit, daß das eine der Strafübel von einem bestimmten Individuum nicht als solches erkannt werde. Und nach diesen Rücksichten sind wieder Collisionen denkbar. So mag man zwar bei der Wahl zwischen einer Geldbuße, und einem andern Uebel, im Allgemeinen anerkennen, daß erstere dem Begüterten kein Uebel seyn, vielleicht selbst als der Preis erscheinen könne, um welchen er sich gleichsam von der Verpflichtung des schuldigen Gehorsams loskaufen könne. Allein man darf nicht übersehen, daß dem Reichen, der zugleich in der Regel eine höhere Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft einnimmt, als der gemeine Mann, durch eine andere Strafart, unter der Voraussetzung, daß diese, nicht als die einzige, sondern eben mit der Geldstrafe alternativ gedroht ist, leicht ein größeres Uebel zugefügt werde, als er verdient hat, und daß die oft geforderte Gleichheit von dem Gesetze, nicht in der äußerlichen Gleichstellung der Stände, und dem Nichtachten rechtlich anerkannter Unterschiede, sondern viel-

mehr eben in der rechten Würdigung der verschiedenen Voraussetzungen und Verhältnisse beruhe. Zudem wird bei Geldstrafen, die Voraussetzung unmittelbarer Zahlungsfähigkeit, wenigstens in der Regel angenommen. Endlich, weil schon, wegen eines Vergehens bestraft zu werden, ein Uebel ist, läßt sich selbst bei dem Wohlhabenden im Fall eines alternativen Gesetzes, nicht allgemein die Nothwendigkeit behaupten, von der Geldbuße abzugehen, da auch jenem, wie gleichgültig ihm auch die Entbehrung eines mäßigen Geldwerthes sey, in dem Bewußtseyn gestraft zu werden, bei einem hier leicht reizbaren höhern Ehrgefühle, ein empfindliches Uebel in der Buße liegen kann.

Für den Fall einer durch die Gesetzgebung im Voraus anzukündigenden Ausnahme böte sich nur noch der Umstand dar, daß Jemand die Versorgung in einer Strafanstalt und daß ihm der Tod als Wohlthat erschiene. Zu dem früher Bemerkten in Ansehung der Gefängnißstrafen fügen wir hinzu, daß der Staat allerdings denselben eine solche Einrichtung geben werde, daß sie unbeschadet der Forderungen der Menschlichkeit, den Charakter eines Strafübels nicht verlieren, was in der That in unsern Ländern demnächst noch nicht zu fürchten ist, denn man klagt über Mangel in jener, nicht in dieser Rücksicht — aber, wenn ausnahmsweise diese Strafe nicht als Uebel erscheint, so ist auch hier kein Grund, durch Gesetz eine Ausnahme anzuordnen. [20])

---

20) Wie hiernach auch eine Straf-Gefangen-Anstalt, besonders zum Zweck der zu bewirkenden Besserung eingerichtet seyn möge, in der Entziehung der Freiheit, und in dem Bewußtseyn, sich hier wegen eines Verbrechens zu befinden, liegt das Uebel, und mehr kann weder nach dem Princip der Gerechtigkeit gefordert werden, die nur die Wiederherstellung des Gesetzes durch Beugung des widerstrebenden Willens fordert, aber nicht irgend eine Art von Schadenfreude an dem Leiden eines Unglücklichen haben kann, noch nach den Principien der Politik, die hier ihren Zweck, die Gesellschaft durch Beschränkung der Freiheit des Frevlers, damit er sie nicht mißbrauche, vollständig erreicht sieht, so

Was aber den Fall betrifft, wo Jemand aus Lebensüberdruß, Schwärmerei ꝛc., um zu sterben, ein Verbrechen beginge, das die Todesstrafe nach sich zöge, (hier wird als Mittel das Verbrechen des Mords aus begreiflichen Gründen gedacht,) so könnte es hier am ehesten räthlich erscheinen, auszusprechen, daß den Verbrecher dennoch nicht die Todesstrafe treffen werde. Denn da man hier voraussetzt, das Verbrechen sey in keiner andern Absicht, als in der, den Tod zu leiden, verübt, so müßte man, wird gefolgert, auch zu erwarten berechtigt seyn, es werde ganz unterbleiben, wenn dem Lebenssatten bekannt wäre, daß dies Mittel für ihn ganz andere, als die gewöhnliche Folgen haben werde, — so daß hier der Zweck des Gesetzes, Verbrechen zu verhüten, der so oft verfehlt wird, erreicht werde.[21]).

Nichts desto weniger kann der Gesetzgeber, ohne große Nachtheile, diesen seltenen Umstand nicht wohl zum Gegenstand einer eignen Behandlung machen. Ist dem Verbrecher jene Ausnahme nicht bekannt, wie es leicht der Fall seyn kann, so wird er auch nicht seinen beschlossenen Plan aufgeben, der ihm, nach der Erfahrung und derjenigen Kenntniß, die man bei dem Laien von dem Strafgesetze zu erwarten hat, geeignet scheint, seine Absicht zu erreichen. Weiß er aber, daß sein Geständniß, in Ansehung des Beweggrundes seiner Frevelthat, gerade die Ausschließung der von ihm gewünschten Todesstrafe zur Folge haben würde, und ihm eine andere zuziehen werde, die er flieht, so wird er, wie schon Andere mit gutem Grunde erinnert haben, sich vorsehen, diesen Umstand, der nicht vermuthet wird, auszusagen und dadurch

---

wie andere mögliche Folgen der Bestrafung und deren Beziehung auf andere Individuen nicht fehlen werden. Vgl. jetzt Julius Vorlesungen über Gefängnißkunde. Berlin 1828.

21) Dieser Meinung ist Oersted Grundregeln der Strafgesetzgebung pag. 49 ꝛc.

das ganze Gesetz vereitelt. [22]) Ungleichet aber böte sich dem Missethäter, der eine jede andere Strafe dem Tode vorzieht, hierdurch eine Gelegenheit dar, mittelst des Vorwandes seiner Neigung zu sterben, und des lediglich zu Befriedigung derselben begangenen Verbrechens, der verwirkten Strafe zu entgehen, indem hier immer die Möglichkeit statt findet, solche Absicht wenigstens in hohem Grade wahrscheinlich zu machen, und wo es auf die Alternative der Anwendung und der Ausschließung der Todesstrafe ankommt, wird man sich, bei dem seltenen Falle des strengsten Beweises, mit solcher Wahrscheinlichkeit begnügen müssen. Also auch diese Gründe, zu dem frühern, hinzugefügt, widerrathen es, ein solches Gesetz zu erlassen. [23])

Auch wird die zum Schluß anzustellende Vergleichung einiger der neuern Gesetzgebungen und Entwürfe zeigen, daß im Ganzen die entgegengesetzte Ansicht wenig Eingang gefunden hat, denn nur wenige haben es für passend erachtet, eine auf jene Voraussetzung berechnete Bestimmung zu treffen. Vor Allen ist hier das Preußische Allg. Landrecht zu erwähnen. Dieß bestimmt Th. II. Tit. 20. folgendes:

§. 830. „Die Todesstrafe wird allein dadurch, daß die boshafte Absicht des Mörders mit Geringschätzung des eigenen Lebens verbunden gewesen, noch nicht ausgeschlossen.

---

22) Hurlebusch in der Note 1 angeführten Schrift, und die Note 24 u. 25 citirte Schrift von Klein.

23) Klein erinnert dagegen, der Umstand daß ein Gesetz gemißbraucht werden könne, dürfe nicht eingewandt werden, wenn das Gesetz sonst zweckmäßig sey. Dies ist nicht ungegründet: aber es fragt sich theils, ob dieses in der That zweckmäßig, und vor allem, ob es gerecht sey? Und allerdings, wenn in jeder Hinsicht, ein Gesetz so umgangen werden kann, wie es hier der Fall ist, daß der Mißbrauch die Regel würde, so kann hieraus wohl ein Grund gegen die Erlassung eines solchen Gesetzes entlehnt werden.

§. 831. Ist aber ausgemittelt, daß Jemand, bei sonst ungestörtem Gebrauch seines Verstandes, aus Schwärmerei, oder sonst in der Absicht hingerichtet zu werden, einen Todtschlag begangen hat, so soll derselbe zwar seinen Endzweck nicht erreichen.

§. 832. Er soll aber lebenslang im engsten Gefängniß, unter besonderer Aufsicht bewahrt, und zu gewissen bestimmten Zeiten öffentlich gezüchtigt werden.

In den Fällen, wo jene Bestimmungen zur Anwendung kommen sollten, finden wir, so weit die Verhandlungen dem größern Publikum zugänglich sind, manche Debatten und Stoff zu Bemerkungen, die wir aber nur kurz zusammen fassen wollen. Sind nämlich gleich die Fälle, deren wir gedenken wollen, längst entschieden, und die Urtheile vollzogen, so dürfen wir sie doch, von einem andern Standpunkt aus, noch einmal beurtheilen, um dadurch zu praktischen Resultaten zu gelangen.

Im Jahr 1790 verurtheilte die Criminal-Deputation des Kammergerichts die D. C. W. Kramerin, welche aus Ueberdruß des Lebens ein fremdes Kind getödtet hatte, auf den Grund jener Gesetzesstellen, zu lebenswieriger Zuchthausarbeit.[24]) Allerdings sind die Schicksale dieser durch ihre Schuld unglücklichen Person von der Art, daß sie den Wunsch zu sterben in ihr rege machen konnten: allein sie giebt als Ursache ihrer Handlung, die gewöhnliche, auch anderer dem Leben ungern entsagender Verbrecher, an, es sey ihr gewesen, als wenn sie eine Stimme zu der That riefe, und sie habe bei Wahrnehmung eines Taschenmessers einen unwiderstehlichen Beruf gefühlt, die That mit diesem Messer auszuführen. — Erst nach verübter Tödtung kam ihr die

24) E. F. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten. Band IX. No. I. Pag. 3 ꝛc.

Stimmung, die das Gesetz hier als den Grund des Verbrechens voraussetzt — „die That sey ihr sogleich leid geworden —; es habe sie eine große Angst überfallen, und sie sey daher aus der Kammer weggelaufen, um sich zu morden, und eben das zu leiden, was das Kind gelitten hatte; denn sie habe geglaubt, daß ihr Blut eben so vergossen werden müsse, als sie das Blut des Knaben vergossen hatte.“ — Sie bemerkte dabei, daß sie aus Lebensüberdruß gehandelt habe, und die Urtheilsverfasser nahmen in Ermanglung einer andern erwiesenen Ursache, jenes auch als Vermuthung an, die sie durch andere entgegenstehende Erklärungen der Inquisitin, sogar noch bestärkt fanden, indem sie letztere aus der wahrscheinlichen Furcht derselben ableiten, durch Beharren auf dem Motive des Lebensüberdrußes, gerade ihren Zweck zu verfehlen. Die ganze Sache hat etwas sehr Unsicheres, indeß, wo das Gesetz einen solchen Ausweg zu Vermeidung der Todesstrafe zuläßt, die auch wenn sie im Allgemeinen gerechtfertigt werden kann, doch mit größter Behutsamkeit erkannt werden soll, mißbilligen wir dieses Urtheil nicht, da ohnedem die Inquisitin früher schon einen Versuch gemacht hatte, sich selbst zu entleiben, — der jedoch, entweder nicht ernstlich oder sehr ungeschickt war, und ohne alle Lebensgefahr. Es ist früher auf die Unrichtigkeit der Behauptung aufmerksam gemacht worden, daß zu dem zuzurechnenden Verbrechen, eine erkennbare causa facinoris erfordert werde. Hier ist folgender Schluß davon geknüpft worden: Da es an einer Veranlassung des Verbrechens gänzlich fehlt — indem Irrthum, Thorheit und Lasterhaftigkeit nicht hinreichen, die That zu erklären, so muß man entweder die Absicht, hingerichtet zu werden, oder eine Leidenschaft, welche die Ueberlegung hindert, oder einen Anfall von Wahnsinn voraussetzen. Solch ein disjunctiver Schluß enthält ein wahres Asyl für Verbrecher! —

Zu ähnlichen Betrachtungen giebt ein anderer von dem Kammergericht zu Berlin begutachteter Fall, der A. R. Dunkel, Veranlassung, welche im Jahr 1795 wegen Ermordung

ihres beinahe fünfvierteljährigen Kindes, zu einer zehnjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt wurde.[25]) Die Inquisitin war in Gefahr, wegen Diebstahls verhaftet zu werden, und schnitt an dem Abende, wo dieses geschehen sollte, ihrem Kinde den Hals durch, weil ihr angeblich die Trennung von demselben zu schwer gefallen seyn würde, und sie wünschte, daß das Kind gut aufgehoben sey. — Weder ihr früheres Leben, noch diese furchtbare That, und die Art ihrer Veranlassung, so wie das Benehmen nach derselben, zeigen, daß hier aus Lebens-Ueberdruß und in der Absicht zu sterben, gehandelt sey, eine Absicht und ein Wunsch, die sich erst später bei ruhigerer Ueberlegung zu erkennen gaben. — Sie erklärte ihrer Umgebung, daß ihr Kind nun in guten Händen und gut aufgehoben sey, und daß die von ihr Bestohlnen (die ihr mit Verhaft-Auswirkung gedroht hatten) nun mit ihr machen können, was sie wollen ..... sie habe, während der That, Gott in ihrem Herzen gebeten, daß er ihr die Sünde nicht zurechnen sollte, weil sie es blos aus großer Liebe zu dem Kinde und aus Furcht vor dem Gefängniß gethan. — Erst in der Folge erklärte sie, daß sie wisse, ihr Leben verwirkt zu haben, und daß sie die Todesstrafe wünsche, da sie außerdem nicht wieder würde ruhig seyn können. Hätte sie vorher gewußt, was sie jetzt erfahren, daß mehrere Gefangene ihre Kinder bei sich haben, und gut behandelt werden, so würde sie die That nicht verübt haben und von ihrem jetzigen Unglück befreit seyn. — Obgleich nun der Fall weit mehr unter den Gesichtspunkt der §. 831. erwähnten Tödtung aus Schwärmerei gehört, (obwohl die Folge die nehmliche ist) so hat man doch auch hier nicht sowohl diesen, als die angebliche Absicht, hingerichtet zu werden, bei dem Mangel einer anderen causa facinoris, der Entscheidung zu Grunde gelegt, die vielleicht auf andere Weise hätte gründlicher gerechtfertigt werden können. Insbesondere weicht sowohl die Erzählung

25) Kleins Annalen, Band XIV. No. X. P. 220 ꝛc. Vgl. auch einen andern Fall Bd. IX. No. II. P. 20 ꝛc.

selbst, als die Folge von der Ueberschrift ab, welche Klein diesem Falle giebt: Selbstmord durch Tödtung Anderer. Höchstens Versuch des Selbstmordes ꝛc. Klein, selbst, indem er diesen Fall als eine besondere Bestätigung seiner übereinstimmenden Ansicht mit jenem Gesetze, auf dessen Fassung er großen Einfluß gehabt hatte, anführt, bezweifelt, daß die Inquisitin im ganz ungestörten Gebrauch des Verstandes sich befunden habe, wenn man gleich zugeben müsse, daß sie die strafbare Handlung mit vieler Besinnung unternommen habe.

Dasselbe Gesetz kam im Jahr 1799 gegen die M. E. Boldten zur Anwendung, welche wegen Ersäufung ihres fünfjährigen unehelichen Sohnes gleichfalls wegen angeblichen Lebens-Ueberdrusses, nur zu lebenswieriger Zuchthausstrafe verurtheilt wurde.[26]) Getäuschte Hoffnungen hatten sie verstimmt, aber als Grund der That giebt sie wiederholt den Wunsch an, dem Kinde die ewige Ruhe zu verschaffen, und dasselbe glücklich zu machen. Es sey ihr vor der That zwar wohl eingefallen, sich mit zu ersäufen, sie habe aber gedacht, sie wolle dem Richter nicht entgehen: doch sey Lebens-Ueberdruß nicht die eigentliche Veranlassung derselben. Sie sey noch in dem Gedanken, daß sie ihr Kind glücklich gemacht habe, doch sehe sie jetzt ein, daß sie Unrecht gethan habe. In der Gemüthsangst vor der That sey sie aber ganz von sich gewesen. Triftiger, als die Annahme des Lebens-Ueberdrusses, ist der Grund des Erkenntnisses, daß bei unterbliebener innerer Besichtigung des Leichnams, unter Umständen wo die Bestimmung des §. 809. nicht anwendbar ist, ein Mangel des objektiven Thatbestandes vorhanden war, wonach, auch ohne Rücksicht auf §. 831. 832. die Todesstrafe nicht hätte erkannt werden können. Darum blieb auch die körperliche

26) Ch. L. Paalzow's Magazin der Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten. Bd. I. N. II. P. 27 ꝛc.

Züchtigung weg, welche zu bestimmten Zeiten öffentlich erfolgen soll. — Dagegen wurde mit Recht die Behauptung des Vertheidigers der A. Ch. Hanken, die zum Theil durch Untreue ihres Geliebten gekränkt, zum Theil aus Rache gegen ein Aeltern-Paar, welches dessen Verständniß mit einer andern Frauensperson begünstigte, das Kind desselben umgebracht hatte, — daß sie aus Lebens-Ueberdruß gehandelt habe, nicht berücksichtigt, sondern in Erwägung, daß Geringschätzung des Lebens, bei Verübung einer Missethat, nicht in die Kategorie der Fälle gehört, wo das Preuß. R. eine Ausnahme zuläßt, die Todesstrafe im Jahr 1800 gegen die Mörderin erkannt. [27])

Von besonderm Interesse aber ist der Fall der C. Lichnowska, und die lehrreiche Bearbeitung des Coreferenten in dieser Untersuchungssache, welche, und wie ich glaube, mit vollem Rechte, ohnerachtet ihrer angeblichen Lust zu sterben, und der dadurch veranlaßten Ermordung eines fremden Kindes, im Jahr 1823 zu Königsberg zum Tode verurtheilt wurde. [28]) Da ich dessen bei einer andern Gelegenheit gedacht habe, [29]) so bemerke ich nur, daß sich aus dem Bisherigen ergiebt, wie ich nicht im Resultate, sondern in der Art der Begründung und auch darin von dem Verfasser der Entscheidungsgründe glaubte einigermaßen abweichen zu müssen, daß er rücksichtlich der erwähnten Präjudicien der Preuß. Gerichtshöfe mehr zugiebt, als erforderlich ist. Frühere Gesetze, als die erwähnten, giebt es für Preußen nicht, worauf jene Ausnahme gebaut werden könnte, und noch kurz vor der Abfassung des A. L. R. waren Beispiele vorgekommen,

---

27) Paalzow, a. a. O. No. VII. P. 147 ꝛc.

28) Hitzig Zeitschrift für die Kriminal-Rechtspflege in den Preußischen Staaten, mit Ausschluß der Rhein-Provinzen. Hft. III. P. 69 ꝛc.

29) In der Anzeige der acht ersten Hefte der Not. 28 angeführten Zeitschrift in den Erlanger Jahrbüchern der juriſt. Literatur. Band IV. Heft 3 P. 266.

daß bei todeswürdigen Verbrechen, die aus Lebensüberdruß begangen waren, auch die Todesstrafe, ohne Rücksicht auf den Umstand erkannt worden, daß den Verbrechern durch den Tod ein Wunsch erfüllt würde.[30]) Daher sich Klein durch den einen dieser Fälle besonders bewogen fand, auf die Nothwendigkeit eines Gesetzes aufmerksam zu machen, wodurch die Todesstrafe, durch eine andere ersetzt werden sollte, wenn Jemand ein Verbrechen in der Absicht, hingerichtet zu werden, begangen hätte.[31]) Dießmal scheint also wirklich mehr ein bestimmtes praktisches Bedürfniß, das man wenigstens glaubte annehmen zu müssen, dieses Gesetz veranlaßt zu haben, als die bloße Abstraction aus einem angenommenen Princip, wodurch so manche fehlerhafte Konsequenzen in wissenschaftlichen Darstellungen entstanden, und in Gesetzgebungen übergegangen sind. Die Bestimmung des Preuß. Rechtes ist auch darum wichtig, weil sie auf einige neuere Entwürfe von Strafgesetzbüchern Einfluß gehabt hat. Denn eine, bereits im Jahre 1767 (am 18. Dezember) erlassene Verordnung im Königreich Dänemark, welche die Strafverwandlung in Freiheitsentziehung unter obiger Voraussetzung gestattet, scheint nicht so zur allgemeinen Kenntniß in andern Landen gelangt zu seyn.[32]) Daß eine ähnliche Bestimmung in dem Entwurfe des jetzt noch geltenden Strafgesetzbuches im Königreich Baiern Platz fand, war weit mehr eine consequente Folge der von dem Verfasser desselben, Feuerbach, früher

30) Kleins Annalen a. a. O.

31) Siehe die vorige Note. Vgl. mit Matthis Jurist. Monatsschrift für die Preuß. Staaten. Bd. XI. P. 202 — 211 über die Theilnahme ꝛc. Kleins an der Redaktion der Preuß. Gesetzgebung, und mit der Relation P. 74. 75. und F. Stetze Grundbegriff Preuß. Staats- und Rechts-Geschichte. Berlin 1829. S. 573.

32) Ich kenne sie nur mittelbar durch Oersted, Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungs-Philosophie. I. Bd. Kopenhagen 1818. S. 366. in Note *, der ihrer Erwähnung thut.

ausgesprochenen Prinzipien, als eine Nachahmung des durch das Preuß. Recht gegebenen Musters. Im Gesetzbuch selbst ist jene Ausnahme mit Recht verworfen. [33]) Von andern Projekten hat das ältere von Tittmann für Sachsen, nicht das von Erhardt, dagegen wieder das neueste (von Stübel) [34]) sich dem Preuß. R. angeschlossen, während für das neu revidirte Preuß. Criminalrecht zu wünschen ist, daß nicht mehr eine allgemeine Bestimmung dieser Art beibehalten werde, die eben so unrichtig in ihren Gründen als gefährlich in der Anwendung [35]) ist. Wenn insbesondere in neuern Gesetzen, wie nach dem Beispiele vieler Entwürfe, zu erwarten ist, die Todesstrafe nur in seltenen Fällen statt haben wird, so fällt ohnedem noch mehr das angebliche Bedürfniß einer solchen Anordnung hinweg. Es verdient nehmlich beachtet zu werden, daß die erwähnten Gesetze nur von der Verwandlung der Todes- nicht auch der andern Strafen sprechen, welche von einem schlechtgesinnten Subjekt, als der Zweck, den er mittelst eines Verbrechens erreichen wollte, betrachtet wer-

33) Entwurf Art. 12. — Anmerkungen zu dem Straf-Gesetzbuche, nach den Protokollen des königlichen geheimen Rathes. Th. I. P. 83 ꝛc. ad Art. 6.

34) Tittmann's Entwurf, §. 581. 582. — In dem neuen Entwurfe Th. I. §. 822. ist das Gesetz sogar noch allgemeiner, auf alle Fälle todeswürdiger Verbrechen, nicht blos auf Mord, aus Lebensüberdruß, bezogen, und daher auch ihm seine Stelle im allgemeinen Theile angewiesen. — Das Gesetz lautet: „Wer ein Verbrechen, worauf Todesstrafe stehet, in der Absicht verübt, um zu sterben, der soll, anstatt derselben, in lebenslängliche Zuchthausstrafe verurtheilt werden."

35) Jedoch sagt jetzt wieder Zachariä vierzig Bücher vom Staate. Dritter Band. Heidelberg 1826. P. 319. 320. „Und doch giebt es einen Fall, in welchem dem Fürsten das Recht der Strafschärfung vorzubehalten seyn dürfte, — wenn der Verurtheilte das Vergehen in der Absicht beging, um die auf das Vergehen gesetzte Strafe (z. B. den Tod) gleich als eine Wohlthat zu verdienen."

den könnten — eben so daß sie jene Nothwendigkeit der Strafverwandlung nicht als allgemeines Princip aufstellen, sondern nur für den Fall einer Tödtung, in der Absicht, wieder zu sterben, [36]) obgleich unter den Fällen, die das Preuß. Gesetz veranlaßten, auch Brandstiftung vorkam. Das Preuß. R. ist überhaupt in Aufstellung allgemeiner Grundsätze sehr sparsam, und in neuern Zeiten fängt man wieder an, sich gegen die zu große Ausdehnung des Allgemeinen Theils in Lehr- und Gesetz-Büchern zu erklären. Im Baierischen Entwurfe hatte zwar diese Bestimmung ihren Platz im Allgemeinen Theile, aber doch nur in der Beschränkung, auf die von dem Verbrecher bezweckte Todesstrafe. Am sichersten wäre es vielleicht, nur im Wege der Begnadigung, wenn deren sonstige Voraussetzungen da sind, die im einzelnen Falle nothwendig scheinende Ausnahme zu machen, da, nach richtiger Würdigung des Wesens der Gnade und des Begnadigungs-Rechtes, hier die Einwendung nicht statt finden kann, für das Subjekt, welches den Tod wünscht, liege keine Wohlthat in solcher Gnade, die ihn einem quaalvollen Leben erhalte, oder daß diese Verwandlung der Strafe, gegen den Begriff der Begnadigung, vielmehr eine Straf-Schärfung sey. [37])

---

36) Mit Ausnahme des neuesten Entwurfs für Sachsen. S. Note 34.

37) Wenn gleich das Resultat unserer Untersuchung ist, daß der Richter zur Strafverwandlung nicht berechtigt sey, und eben so wenig für die Gesetzgebung zureichende Gründe zu allgemeiner Anordnung einer andern, als der gewöhnlichen Strafe, vorhanden seyn, so kann doch der höchsten Gewalt im Staat dadurch nicht eine solche Schranke auferlegt werden, daß nicht in einzelnen Fällen, wenn diese ihrer Eigenthümlichkeit nach hiezu auffordern, durch eine verfassungsmäßig erlaubte Ausnahme mit dem formellen zugleich dem wahren Recht Genüge geleistet werde. Für solche Ausnahme giebt es aber nur die Form und das Mittel der Gnade: denn das Recht, die Strafe zu schärfen, kann man dem Landesherrn nicht zuschreiben, und die Note 35. an-

geführte entgegengesetzte Behauptung von Zachariä ist ganz verwerflich. Noch ist hier zu erinnern, daß gewiß die Ansicht derjenigen, welche überhaupt die Strafverwandlung fordern, dahin geht, weder eine härtere, noch gelindere, sondern eine gleich große andere Strafe, an die Stelle der verwirkten, zu substituiren, namentlich die von Oersted. Allein im Ganzen hat Herr Hepp Pag. 154. Recht, wenn er diese Strafverwandlung, die der Richter verwerfen sollte, eine Schärfung nennt. Allgemein ist es aber nicht der Fall; denn bei der Frage, welche Strafe größer oder kleiner sey, kömmt es nicht darauf an, was der Einzelne glaubt, sondern auf die objektive Natur der Strafarten. Hiernach bleibt stets der Tod, die schwerste, und die substituirte lebenslange Freiheitsstrafe, die geringere Strafe, wenn gleich Mancher ewiger Gefangenschaft den frühern Tod (denn sterben muß er ja auch noch) vorziehen würde. In sofern also bleibt diese Art der Ausgleichung, zu der aber selten Veranlassung seyn wird, immer noch als Gnade-Akt übrig, dem sich der Verbrecher so wenig, als unter andern Voraussetzungen, deshalb entziehen dürfte, weil er auf die gesetzliche Strafe Ansprüche behauptet, und in jener Gnade keinen Vortheil findet, oder aus Trotz nicht genießen will. Ueberhaupt sind die Bestimmungsgründe höher, und nicht hauptsächlich aus der Rücksicht auf die Persönlichkeit des Thäters zu entnehmen.

Zweite Abhandlung.

Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen.

Einleitung.

§. 1.

Unter den Lehren der Straf-Rechts-Wissenschaft, die einer wiederholten Prüfung noch immer bedürfen, ist wegen des gleich großen theoretischen und praktischen Interesses diejenige der angeblich erlaubten oder straflosen Tödtungen hervorzuheben, die man oft in zu großer Allgemeinheit behauptet hat, zum Theil aus unrichtiger Würdigung der Quellen des gemeinen Rechtes, zum Theil veranlaßt durch falsche Prämissen einer (s. g.) Philosophie, deren Wirkungen dieselbe überlebt haben, indem sie in neuere Strafgesetzgebungen und Lehrbücher übergegangen sind. Schwerlich findet man die einzelnen Fälle, wie sie die nachfolgende Betrachtung unterscheiden soll, irgendwo sämmtlich anerkannt, — im Gegentheil, es hat sich für manche derselben die richtige Ansicht schon geltend gemacht, aber es fehlt an einer vollständigen, dem Zeitbedürfnisse entsprechenden Untersuchung, es bedarf für manches Anerkannte neuer Gründe und Beweise, es werden gegen manche immer wiederkehrende Behauptungen neue Widerlegung, für die streitigen Punkte unbefangnere Prüfung der Gründe, nöthig, auf welche sich die Vertheidiger entgegengesetzter Ansichten stützen. Zu Allem

diesen möge der nachfolgende Versuch als Beitrag betrachtet werden.

Zum Glück erscheint in der Praxis, und von dem Standpunkte des in den einzelnen Ländern geltenden gesetzlichen Rechtes die Sache nicht in dem Grade gefährlich, wie sie es wäre, wenn manche Theorieen ins Leben träten, aber ganz ohne Gefahr ist sie doch nicht, weil selbst neuere Rechte sich nicht ganz von dem gerügten nachtheiligen Einflusse frei zu halten vermocht haben.

Um einen festen Ausgangspunkt zu gewinnen, stellen wir den Grundsatz an die Spitze, der auch wohl von allen streitenden Theilen zugegeben wird, wenigstens zugegeben werden kann, und dessen Beweis mit der selbstständigen Nothwendigkeit des Staats, nicht nur für Verwirklichung des Rechts, insbesondere des Strafrechts, zugleich geführt, hier vorausgesetzt werden darf: daß die Angriffe auf das Leben eines Individuums, die Tödtung eines Menschen überhaupt ein Unrecht, folglich unerlaubt, und als Verbrechen strafbar seyen. Es können also nur seltene Ausnahmen von einer Regel seyn, in welcher Religion, Sitte und Recht übereinstimmen, wenn die Tödtung eines Menschen erlaubt, wenigstens entschuldbar, und hiernach kein Verbrechen, keine mit einer Strafe zu belegende Handlung, seyn soll — Ausnahmen, die als solche mit ihren Voraussetzungen, und für jeden besondern Fall bestimmt nachgewiesen, und ihrer Beschaffenheit nach in möglichster Beschränkung genommen werden müssen.

Eine genauere Begrenzung des Gegenstandes der Untersuchung wird sich daraus ergeben, daß hier nur von den Fällen die Rede seyn soll, wo Individuen als solche, in Verhältniß zu ihrer gegenseitigen Verpflichtung die Person mit ihrem Rechte — ihrem Daseyn — zu respektiren — einander gegenüber stehen, wonach also die vielbesprochene Frage, über die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe, so wie die Tödtung im Kriege, nach völkerrechtlichen Grundsätzen, hier ausgeschlossen bleibt. Vom Standpunkte des positiven Rechtes aus, wird vielmehr erstere als erlaubt, und bei vorhandenen

Vorausſetzungen ihre Anwendung im beſondern Falle, als nothwendig zu betrachten ſeyn, ja es ſind in der Regel derſelben alle die verfallen, die unter den erſten Geſichtspunkt gehören, indem wir gerade die meiſten Fälle angeblich ſtraſloſer Tödtungen zu beſtreiten gedenken. Die Tödtung im Kriege aber, ſo weit ſie Kriegsrecht heiſcht, hat ihre völlige Rechtfertigung in einem andern Gebiete, als dem des Criminal-Rechts, dem daher nur die Fälle unterliegen können, welche jener höhern Rechtfertigung entbehren. In dieſer Beſchränkung nehmen wir als Regel das Gebot: „Du ſollſt nicht tödten.“

Plan der folgenden Darſtellung.

§. 2.

Alle Fälle der behaupteten Ausnahme dieſes allgemein gültigen Grundſatzes, denen zufolge die Thatſache der durch ein Individuum bewirkten Lebens-Beraubung eines Andern nicht das Verbrechen der Menſchen-Tödtung begründen ſoll, können auf zwei Haupt-Geſichtspunkte zurückgeführt werden, von denen auch die Vertheidiger der zahlreichen Beſchränkungen des allgemeinen Verbots ausgehen:

1) den ſ. g. naturrechtlichen, oder den rechtsphiloſophiſchen. Hiernach werden zufolge gewiſſer allgemeiner Principien tödtliche Handlungen gegen gewiſſe Perſonen deshalb als nicht widerrechtlich angenommen, weil letztere entweder überhaupt oder unter beſondern Vorausſetzungen kein Recht haben, oder weil ein höheres Recht ſich gegen das vorhandene untergeordnete geltend macht, oder eine Colliſion ſtatt findet, bei welcher der bloße Rechtsſtand aufgehoben ſeyn ſoll ꝛc. Sind dieſe Vorausſetzungen zugegeben und vorhanden, ſo iſt eine Tödtung kein Verbrechen, weil das Charakteriſtiſche deſſelben wegfällt, daß nehmlich ein Individuum ſich mit ſubjektiver Geſinnung der Objektivität des allgemeinen Rechts und Geſetzes entge-

gen, und über daſſelbe hinwegſetze, um ſeine verwerfliche Willkühr an die Stelle des allgemeinen geſetzlichen Willens in die Erſcheinung treten zu laſſen.

2) Den des poſitiven Rechts, welches abgeſehen davon, daß es auch die unter jenen erſten Geſichtspunkt fallenden Ausnahmen, wenn ſie gegründet ſind, beſtätigt, eigne Beſtimmungen über ausnahmsweiſe erlaubte und ſtraſloſe Tödtungen aufſtellt. Man begreift hierunter im Gegenſatz des erſten Geſichtspunktes vorzugsweiſe die rein poſitiven Berechtigungen zur Tödtung, mögen ſie auch nach irgend einer allgemeinern Seite zugelaſſen werden können, oder nicht, oder durch die genauern Modalitäten ihrer Statthaftigkeit (addere und detrahere) den Charakter des geſetzlichen Rechtes erhalten. Auch in dieſen Fällen tritt, wenn ſie wirklich gegründet ſind, der eben erwähnte Grund ein, der die Handlung als eine verbrecheriſche zu betrachten verbietet, und es kann daher dieſer als der frühere allgemeinere betrachtet werden, durch welchen dieſe beiden Rückſichten beſtimmt ſind.

Hieran muß ſich eine andere beſchränkende Bemerkung knüpfen. Die Tödtungen, welche von Perſonen verübt ſind, bei welchen wegen mangelnder Vernunft-Thätigkeit, Geiſtes-Krankheit ꝛc., die Zurechnung ausgeſchloſſen iſt, werden hier nicht berührt. Der Grund ihrer Straſloſigkeit iſt wieder der erwähnte allgemeine, daß ihre That keine Handlung,[1]) alſo auch kein Verbrechen iſt, weil wieder jene zu dem Ver-

---

1) Von dem Unterſchiede der That und Handlung im Allgemeinen und in criminalrechtlicher Hinſicht habe ich bei mehrer Gelegenheiten geſprochen und bin überzeugt, daß eine genauere Berückſichtigung der Unterſchiede und der Begriffe, für welche unſere Sprache verſchiedene Bezeichnungen darbietet, am beſten zur Beſeitigung mancher Mißverſtändniſſe führen werde. Vergl. Mein Syſtem der Crim. R. S. §. 68. 84 und meine Betrachtungen über Stübel's Schrift: Ueber die Theil-

brechen gehörige wiſſentliche Entgegenſetzung des Subjekts gegen das Rechts-Geſetz, und deſſen Heiligkeit nicht ſtatt findet. Aber theils iſt jener Grund, der die Unmöglichkeit des Verbrechens bewirkt, — die Zurechnungsloſigkeit — ein allgemeiner, der nur unter andern bei Tödtungen Anwendung findet, freilich eine ſehr häufige, nicht nur wegen der großen Zahl ſolcher Unglücksfälle an ſich, ſondern vornehmlich wegen der in neuern Zeiten zum Verderben alles Rechts zunehmenden Verkehrtheit, aus der Uebelthat auf die Zurechnungsloſigkeit zu ſchließen, um mittelſt einer Fiktion oder Präſumtion, ſich zu dem Punkte zu verſetzen, von dem als einer erwieſenen Prämiſſe auszugehen wäre, um die That zu würdigen, ob ſie ein Verbrechen ſey oder nicht; — theils — und dieſer Grund iſt hier entſcheidend, ſind dieſe Fälle, wo die Tödtung von Unzurechnungsfähigen verübt wurde, und gar keine Handlung iſt, weſentlich verſchieden von denen, wo der Begriff der Handlung feſtſteht, dieſelbe aber dennoch keine ſtrafbare ſeyn ſoll. Erſteres ſind ſtraſloſe Tödtungen, aber man kann nicht ſagen, daß ſie erlaubt, gerechtfertigt ſeyen, letztere hingegen ſollen rechtlich und geſetzlich erlaubt, und aus dieſem Grunde allein ſtraflos ſeyn. Mit ihnen beſchäftigt ſich unſere weitere Unterſuchung.

Wenn nun jene beiden Geſichtspunkte hier einander entgegengeſetzt werden, ſo geſchieht es mit Rückſicht auf die Quellen, aus welchen das Princip mit ſeinen Folgeſätzen abgeleitet wird. Der Inhalt könnte, wenigſtens für mehrere Fälle ein gemeinſchaftlicher ſeyn, auch ließen ſich die dem poſitiven Recht zugeſchriebenen Ausnahmen nach den philoſophiſchen aus der Sache ſelbſt entlehnten Eintheilungs-Gründen ordnen, wenn nicht überwiegende Gründe für eine dem hiſto-

---

nahme Mehrerer an einem Verbrechen. I. Bd. 1. Heft. P. 53. der Erlanger Jahrb. der geſ. juriſt. Lit. und über Hitzigs Zeitſchrift in eben dieſen Jahrb. der geſ. juriſt. Lit. VII. Bd. 3. Heft. S. 317. 318.

rischen Standpunkte mehr entsprechende Anordnung des positiven Stoffes vorhanden wären.

Erste Abtheilung.

Allgemeine oder philosophische Würdigung der Lehre der angeblich straflosen Tödtungen.

Vorerinnerung.

§. 3.

Erwägen wir nun: **Die aus allgemeinen Gründen behaupteten Fälle angeblich erlaubter Tödtung.**[2a]) Man hat hier manche Mißverständnisse veranlaßt, indem man das Wesen des Verbrechens oft lediglich in die Verletzung des besondern Rechtes einer Person setzt, und dabei die Beziehung der Handlung auf das allgemeine Recht und Gesetz vernachläßigte, oder nur als eine untergeordnete nahm. Eine Consequenz jener falschen Prämisse war dann, daß man, wo ein gewisses Recht bei einer Person nicht vorhanden wäre, auch natürlich eine Verletzung derselben nicht als möglich dachte, und vollendet wurde die Verwirrung endlich durch das Hinabziehen von höhern Verhältnissen und Thatsachen, unter den blos äußern rechtlichen Gesichtspunkt, namentlich also auch den des Vertrags und der Veräußerung. Hieher gehören von den s. g. ursprünglichen oder angebornen Rechten, die man den abgeleiteten oder erworbenen gegenüber stellte, insbesondere das Leben, dessen sittliche Bedeutung hiedurch gänzlich verkannt wurde. Beschränkt man aber jenes Princip auf die Fälle, wo wirkliche Rechte zur Sprache kommen, so daß ihm auf andere höhere Existenzen kein Einfluß eingeräumt wird, so kann man leichter jene Folgesätze theilweise zugestehen, und in einer Darstellung des positiven Criminalrechts, wo zu dem Begriffe des Verbrechens wesentlich

---

2a) Wenig bedeutend ist Lobegott Marggraf Diss. de naturali homicidiorum quorundam impunitate. Lips. MDCXCIX.

auch die Rechtswidrigkeit der Handlung erfordert wird, iſt es völlig richtig zu ſagen, daß, wo ein Rechts-Verhältniß oder das beſtimmte vorausgeſetzte, nicht beſteht, auch die etwa ſonſt verletzende Handlung, nach dieſer Rückſicht kein Verbrechen ſey. Man darf aber nicht, was ſich auf Rechte überhaupt, insbeſondere der Verfügung unterworfene, bezieht, auf das Leben anwenden, wogegen ich mich in meinem Syſtem der Criminal-Rechts-Wiſſenſchaft, wie an andern Orten erklärt habe,[2]) und dies wird ſich aus der Prüfung der einzelnen Fälle deutlicher ergeben, welche nach den dort aufgeſtellten Unterſchieden hier folgen ſoll, indem ich zur Würdigung der Behauptungen der Rechtslehrer nicht vermeiden darf, den rechtlichen Standpunkt beizubehalten, unter den ſie freilich ohne innere Rechtfertigung das Leben ziehen. Iſt dies nehmlich gleich kein Recht, welches die Perſon ſo neben ſich hat, wie etwa Eigenthum, und welches ihr entzogen werden könnte, ohne Verletzung ihrer Perſönlichkeit ſelbſt; ihrer lebendigen Totalität, ſo hat es doch, als ſolches, d. h. es hat vielmehr die Perſon das Recht, Anerkennung, und im Staate Schutz gegen Verletzung zu fordern, wie auch die Verletzung des Sittlichen, und ſelbſt des Religiöſen zum Theil, nehmlich ſo weit dieſe in rechtliche Beziehung und äußere Erſcheinung tritt, dem Strafgeſetz verfällt, ohne daß jene ihren höhern Charakter dadurch verlören, und einen blos-rechtlichen annähmen. Auf gleiche Weiſe genießt das ſittliche Familien-Verhältniß, zwiſchen Aeltern und Kindern, Eheleuten, bei der hier nothwendig vorkommenden äußern rechtlichen Seite, die aber weder die einzige, noch die hauptſächlichſte iſt, den Schutz der Rechte. Wollte man aber hieraus den umgekehrten Schluß machen, daß, was unter dem Recht ſteht, lediglich eine rechtliche abſtracte Eigenſchaft habe, bei deren Wegfallen

---

a) Beſonders § 93. und Meine Abhandlung über die angebliche Rechtloſigkeit der zum Tode Verurtheilten im neuen Archiv des Crim. Rechts. IX. Band 4tes Stück P. 605, 630 ꝛc.

dann eine weitere Verletzung desselben nicht möglich wäre, so würde in diesem Leugnen des höhern Moments der Sittlichkeit, dieser und ihrem Begriffe eine weit größere Verletzung zugefügt, als in den einzelnen Fällen der durch die That ausgesprochenen Behauptung der Rechtlosigkeit, welche in der Regel ebenfalls als eine verbrecherische beurtheilt werden muß.

Einzelne Fälle:

I. Aufhebung des eignen Rechts durch den Willen der Person.

1) In Beziehung auf Andere.

§. 4.

Fassen wir nun die einzelnen Weisen näher ins Auge, wie das Recht aufgehoben werden kann, so daß alsdann auch eine Verletzung desselben als Recht — Berechtigung — nicht mehr möglich seyn soll.

Es kann [3]) (I.) eine Person ihr eignes Recht aufheben, und als nicht weiter existirend ansehen, und zwar

1) In Beziehung auf Andere.

Das Princip, welches hieher gehört, ist das bekannte volenti non fit injuria. [4]) Aber man hat den Satz, der einer richtigen Bedeutung fähig ist, völlig mißverstanden, wenn man daraus die Behauptung zu rechtfertigen oder zu begründen gesucht hat, daß die Tödtung desjenigen keine strafbare Handlung sey, der auf sein Leben freiwillig Verzicht leistend, den Tod verlange, oder sich gefallen lasse.

---

3) Ich behalte hier die in meinem System §. 95—103. aufgestellte Anordnung bei, so daß dieser Theil der Abhandlung als eine weitere Ausführung in der Beschränkung auf die Lehre von den Tödtungen betrachtet werden kann.

4) Ulpian. L. 1. §. 5. D. de injuriis. — „quia nulla injuria est, quae in volentem fiat“ — ein Satz, der durch den Inhalt der Stelle selbst viel beschränkter wird, als man ihn jetzt zu nehmen pflegt, wo man eine allgemeine Regel daraus abstrahirt hat.

Eine spätere richtigere Würdigung der Natur derjenigen Gegenstände, worüber der Privatwille sich zu äußern berechtigt ist, und im Gegensatz hievon, derjenigen, welche der Privatverfügung entzogen seyn müssen, in Verbindung mit einer bessern Ansicht über den Charakter des öffentlichen Rechtes und Gesetzes hat in der Folge die Zurücknahme einer Behauptung veranlaßt, deren Gefährlichkeit und Widerrechtlichkeit dem unbefangenen Sinn einleuchten mußte, der längst mißbilligte, was erst später zum bestimmten Bewußtseyn kam.[5]) Aber auch noch ein anderer Grund steht jener unrichtigen Behauptung entgegen. Schon, wenn man das Leben als ein Recht betrachtet (eine häufige, aber durchaus schiefe Ansicht) muß man zugeben, daß es dem Privatwillen nicht in dem Sinne unterworfen seyn kann, wie es eine Consequenz des erwähnten Princips seyn würde, da es nicht in das Gebiet des Privatrechts fällt.[6]) Allein eine solche Betrachtungsweise ist überhaupt unzulässig. Dem Vertrage — und also auch dem Verzichte — sind nur eigentliche Rechte, und zwar s. g. veräußerliche, unterworfen; entzogen sind denselben alle s. g. unveräußerliche Rechte, welche als Rechte höherer Art, als sittliche Verhältnisse und Existenzen über dem Standpunkte des gewöhnlichen Rechts stehen. Zu diesen gehört auch das Leben, das Daseyn, als organische Erscheinung der sittlichen Freiheit. Will man es ein Recht nennen, so ist es ein solches als jenes unmittelbare Daseyn, aber nicht als ein Recht, welches Jemand so neben sich, neben seiner Existenz haben könnte, wovon die Folge wäre, daß Jemand ein solches vermeintliches Recht auch wieder von sich nehmen lassen könnte. Mehr wird gleich bei der nächsten Anwendung bemerkt werden, die die Selbstödtung zum Gegenstande hat.

Außer dem jetzt widerlegten Falle einer unrichtigen und tadelnswerthen Subsumtion freiwilligen Verzichts auf das

5) J. C. Feuerbach's Lehrbuch 9te und die früheren Ausgaben, §. 35. Note 6. verglichen mit §. 40. Anm. * der ersten Ausgabe.

6) Vgl. meine Note a. b angeführten Abhandlung P. 626.

Leben, unter das nur beschränkt geltende Princip volenti non fit injuria, z. B. eines Kranken oder schwer Verwundeten, der Jemand bäte, seinen Leiden ein Ende zu machen, zeigen noch mehrere Beispiele, wie weit man sich durch solche Betrachtungsweise von der Wahrheit entfernen könne: So macht auch Schröter [7]) aufmerksam, man solle doch ja nicht den Gesichtspunkt der Sittlichkeit mit dem des Rechts verwechseln — dennoch giebt derselbe auf unbegreifliche Weise einmal das Leben selbst für ein Recht und einen Gegenstand der Veräußerung aus, und — indem er behauptet, man könne nicht sagen, daß irgend ein Recht, welches Jemand ungetheilt zustehe, unveräußerlich sey, fährt er fort, man könne eine rechtliche Unveräußerlichkeit von Rechten ohne Widerspruch gar nicht behaupten, woraus er endlich den Schluß macht: „der Natur der Sache nach wird an dem, welcher es erlaubt, oder gar bittet, daß man ihn tödte, kein Mord, an dem, welcher sich selbst immerwährender Knechtschaft unterwirft, keine Freiheits-Verletzung begangen ꝛc.“

Man hat ferner gesucht, den Zweikampf unter den Gesichtspunkt gegenseitiger Einwilligung in mögliche Lebensberaubung oder Körper-Verletzung zu stellen, ohne daß dadurch dieser Handlung der Charakter eines Verbrechens entzogen würde. Wie unrichtig auch die Ansicht seyn möge, ihn unmittelbar unter den Begriff des Mords, Todtschlags, oder der Verwundung zu subsumiren, er ist ein Verbrechen, abgesehen selbst von dem Mangel eines speciellen gemeinrechtlichen Strafgesetzes [8]) nach andern

---

7) Handbuch des peinl. Rechts §. 51. 52. auch Henke Handbuch des Crim. Rechts. Th. II. P. 16. 17.

8) Zwar rügt Martin in seinem Lehrbuche §. 251 Note 2. und zweite Ausgabe §. 249. die unter andern auch im neuen Archive III. Bd. P. 437. aufgestellte Behauptung, das Reichs-Gutachten vom 10. Sept. 1668. sey nicht bestätigt, — er erkennt aber doch selbst an — es sey ein Reichs-Strafgesetz beschlossen, dasselbe aber in dieser Eigenschaft nie bekannt gemacht worden, wie auch die Erinnerung der Reichs-

Geſichtspunkten, die das poſitive Recht darbietet, und nach ſeiner formellen Seite als Gerechtigkeit, und kann auch nicht als ein Fall der Nothwehr gegen ein zwingendes Vorurtheil betrachtet werden. Aber ſchon die doppelte Rückſicht auf die Unmöglichkeit einer gültigen Veräußerung des Lebens, und einer Privatverabredung, die dem öffentlichen Recht entgegen iſt, verbietet hierin einen natürlichen Rechtfertigungs-Grund zu finden.

Jene unrichtigen Principien finden ſich ſogar in neuern Geſetzgebungen, wo ſie nur zufolge falſcher ſ. g. zur Zeit der Abfaſſung gangbarer naturrechtlicher Begriffe Eingang finden konnten. Ich habe in einer frühern Unterſuchung von der Anordnung des A. L. R. für die Preußiſchen Staaten Th. II. Tit. 20. §. 834.

„Wer einen Andern auf deſſen Verlangen tödtet, oder ihm zum Selbſtmorde behülflich iſt, hat ſechs- bis zehnjährige, und bei einem überwiegenden Verdachte, den Wunſch nach dem Tode bei dem Getödteten ſelbſt veranlaßt zu haben, lebenswierige Feſtungs- oder Zuchthausſtrafe verwirkt.“

bemerkt, daß gegenüber dem angenommenen Princip der Strafloſigkeit, eine Ahndung des Richtigen darin ausgedrückt ſey, daß hier doch eine nicht ganz kleine, auf jeden Fall eine Criminalſtrafe gedroht worden; dennoch iſt im Gegenſatz gegen die ſonſt ſtrenge Behandlung des Verbrechens der Tödtung, dieſe Drohung zu gelind, und nur aus der falſchen Vorausſetzung zu erklären, daß Verbrechen überhaupt nur Verletzung von Rechten, und daß das Leben ein disponibles Recht ſey. 9)

ſtände vom. 18. Dezbr. 1680. und die darauf erfolgte aber unerfüllte kaiſerliche Zuſage der Publikations-Edikte zeigen. Uebrigens ſteht es unſerer, auf das gemeine Recht ſich beziehenden Bemerkung nicht entgegen, daß ältere und neuere Landesgeſetze zum Theil die Lücke ergänzt haben, wie auch jetzt in Frankreich geſchieht.

9) Die Note a. angeführte Abhandlung P. 627.

Es ist für die richtige Würdigung dieses Gesetzes, so wie anderer gleich zu erwähnender Gesetze, oder Vorschläge zu solchen, zu bemerken, daß solche Handlungen theils, wie hier geschieht, aus dem Gesichtspunkte eines selbstständigen Verbrechens, theils als Theilnahme und Beihülfe zu der von einem Andern beabsichtigten Selbstentleibung betrachtet werden können. Nimmt man letzteres an, so kann man fragen, ob die Strafloſigkeit der Haupthandlung — des Selbstmordes — oder wenn man lieber will — ob der Umstand, daß dieser kein Verbrechen sey, [10]) zu der Consequenz führen müsse — die Beihülfe zu einer, rücksichtlich des eigentlichen Urhebers, strafloſen Unternehmung, müsse selbst straflos seyn, wenigstens nur mit einer gelinden, allenfalls polizeilichen Strafe geahndet werden — oder ob vielmehr die Gründe, welche eine Bestrafung des Selbstmordes nicht zulassen, keineswegs von der Art seyen, daß sie auch Andern, außer dem unmittelbaren oder mittelbaren Selbstmörder zu Statten kommen können. Ich trage kein Bedenken, letzteres als meine Ueberzeugung auszusprechen, [11]) und erwähne eben darum den Gegenstand hier, und nicht unter dem folgenden Gesichtspunkt. Nicht vor der Gerechtigkeit des Richters, allenfalls da, wo das höhere Gebiet der Gnade waltet, mag sich jener Grund geltend machen, damit die Strafe einer wirklichen Tödtung — die völlig verwirkt ist — gemildert, und ihr eine gelindere untergestellt werde, die — wenn es für die Milderung aus Gnade Principien giebt, damit sie nicht als Willkühr, sondern wie sie soll, als Handlung der ausgleichenden Gerechtigkeit erscheine — nicht eine soge-

---

10) Vgl. hierüber die schätzbare Abhandlung: „Revision der Lehre von der Selbstentleibung von Wächter im neuen Archiv des Crim. Rechts X. Bd. 1. St. P. 72 ꝛc. 2 St. P. 216 ꝛc., 4 St. P. 34 ꝛc. Festus Carnificis loco habebatur is, qui se vulnerasset ut moreretur.

11) Eine entsprechende Entscheidung findet man in einem in Frankreich beurtheilten Rechtsfalle, den Hitzig, Annalen 3. Hft. S. 145 ꝛc. mittheilt.

nannte Polizeiſtrafe ſeyn darf, ſondern wenigſtens das Maaß, welches das A. L. R. aufſtellt, erreichen ſollte; während der zuletzt erwähnte Fall, daß der Vollbringer der Tödtung den Wunſch zu dem Tode bei dem Getödteten ſelbſt hervorgebracht hat, rechtlich gar nicht geeignet iſt, eine Ausnahme von der ordentlichen Strafe des Mordes zu begründen, wenn man dieſe nicht dadurch rechtfertigen will, daß das L. R. die lebenswierige Freiheitsentziehung ſchon auf den überwiegenden Verdacht ſetzt, wobei man alſo annehmen kann, daß bei einer Gewißheit einer ſolchen frevelhaften Einwirkung auf den Willen des Getödteten (z. B. durch ein den geſetzlichen Erforderniſſen entſprechendes Geſtändniß des Verbrechers) die ordentliche Strafe keineswegs ausgeſchloſſen werden ſolle.

Eben ſo wenig möchte ſich die Beſtimmung in dem neueſten Entwurfe eines Strafgeſetzbuchs für das Königreich Sachſen 1824. Th. I. §. 26. rechtfertigen laſſen.

„Hat Jemand eines ihm zuſtehenden Rechtes mit vollkommenem Bewußtſeyn und freiwillig ſich begeben, ſo wird durch eine Beſchädigung, in Beziehung auf daſſelbe, zwar kein Verbrechen begangen, wohl aber derjenige, welcher von der Entſagung dieſes Rechtes Gebrauch macht, eines Polizeivergehens ſchuldig, wenn das aufgegebene Recht entweder an ſich unveräußerlich iſt, oder der Berechtigte darüber, nach den Geſetzen des Staats, nicht ſelbſt verfügen darf.“

Nehmlich ſo richtig iſt es, daß in den Fällen, wo eine Verzichtleiſtung rechtlich gültig iſt, der Begriff des Verbrechens wegfalle, ſo wenig läßt ſich behaupten, daß, wo dieſe Verzichtleiſtung unwirkſam ſeyn müſſe, dennoch kein Verbrechen, ſondern nur eine Polizei-Vergehung ſtatt finde, wenn, wie es hier der Fall iſt, letztere eine geringe Schuld und folglich geringere Strafbarkeit bekunden ſoll. Die abſtrakte Faſſung dieſes §. veranlaßte Stübel zu dem Vorſchlag einer Modifikation, welche jedoch das hier aufgeſtellte falſche Princip unverändert beibehält.

Es soll das Gesetz lauten:

„Hat sich Jemand des Rechts auf ein Gut mit Bewußtseyn und Freiheit des Willens begeben, so macht sich derjenige, welcher ein solches Gut beschädigt, oder demselben ganz entziehet, zwar keines Verbrechens, wohl aber dann eines Polizei-Vergehens schuldig, wenn das aufgegebene Recht die Gesundheit oder das Leben des Erstern betrifft.“

Die Beschränkung, die er hier noch beifügt, ist allerdings zu billigen, sie versteht sich von selbst, wird aber nach meiner Ansicht ganz entbehrlich, wenn man von dem unrichtigen Hauptsatz abginge. Ihr Inhalt ist dieser:

„Ist jedoch das Recht, auf welches Jemand verzichtet hat, ein unveräußerliches, wie z. B. die Rechte auf Gesundheit und Leben, so wird bei der vorhergehenden Bestimmung noch vorausgesetzt, daß derselbe vor der Beschädigung oder Entziehung eines solchen Gutes *seine Einwilligung dazu nicht zurückgenommen* habe. Im entgegengesetzten Falle hört eine als Verbrechen verbotene Handlung durch die gegebene Einwilligung zu derselben, ein solches zu seyn, nicht auf.“

Freilich wäre es widersinnig, selbst die rechtliche und sittliche Möglichkeit einer solchen Verzichtleistung vorausgesetzt, der Zurücknahme derselben keine Kraft beilegen zu wollen, aber eben darin liegt die Inconsequenz, denn bei andern, eigentlich privatrechtlichen Verfügungen, hat der Vertrag, seine übrige Gültigkeit voraussetzt, eine solche für die Betheiligten bindende Kraft, daß ein einseitiges Zurücktreten in der Regel nicht statt finden kann.

Auf diese Vordersätze gründet *Stübel* den Vorschlag folgenden Gesetzes:

„Wer einen Andern mit dessen Einwilligung verstümmelt oder tödtet, der ist mit einer Gefängnißstrafe, welche bis zu *zwei* Jahren steigen kann, zu belegen.“ [12])

12) Vgl. *Stübel's* Abhandlung: „*Ueber die Natur der Handlung, wenn Jemand ein, nach dem Sit-*

Das Röm. Recht, welches in der Regel den Selbstmord nicht als Verbrechen betrachtet, scheint rücksichtlich der dritten Personen, die bei dieser Handlung betheiligt sind, allerdings Strafbarkeit anzunehmen, indem selbst solche, die ohne mitthätig zu seyn, nur unterlassen, den Selbstmörder, wenn sie es vermochten, abzuhalten, sein Vorhaben auszuführen, mit der Strafe der Tödtung belegt werden sollen:

Ulpianus L. 1. §. 22. D. de Scto. Silaniano (29. 5.) „Si sibi manus quis intulit, senatusconsulto quidem Silaniano locus non est, sed mors eius vindicatur, scilicet ut, si in conspectu servorum hoc fecit potueruntque eum in se saevientem prohibere, poena adficiantur, si non potuerunt liberentur."

Man kann allerdings einwenden, daß von den gegen Sklaven aufgestellten Grundsätzen, kein allgemeinerer Gebrauch im Rechte gemacht werden dürfe, aber wenn der Selbstmord wirklich so wenig nach Röm. Sitte und Recht gemißbilligt wird, der Sklave so sehr dem Willen seines Herrn unterworfen seyn soll, was kann ihn berechtigen, diesem Hinderniſſe in den Weg zu legen? Wenn das Gesetz, oder die auf Autorität der Rechts-Gelehrten sich stützende Praxis, hier dennoch die Sklaven, wegen unterlassener, möglich gewesener Abhaltung des Herrn, von Ausführung seines traurigen Vorhabens, mit der Todesstrafe belegt, und wenn dieses mit der ausdrücklichen Bemerkung geschieht, daß hier die Bestimmungen des Silanianischen Senatsbeschlusses nicht anwendbar seyen, so muß man einen allgemeinern Grund annehmen, und ich glaube ihn, wie er bisher ausgeführt ist, auch für den Standpunkt der Römischen Lehre geltend ma-

---

tengesetz unveräußerliches Gut des Andern, mit dessen Einwilligung beschädiget oder demselben ganz entziehet, in strafrechtlicher Rücksicht." Im neuen Archiv des Crim. Rechts Bd. IX. St. 4. P. 551. 589. 597.

chen zu können. 13) Es ist nicht uninteressant, eine andere Stelle aus demselben Titel zu vergleichen, wo die Befreiung der Sklaven, welche Zeugen einer Tödtung sind, die sie nicht verhindern, darauf gegründet wird, daß hier eine, wenn

13) Man könnte einwenden, die Bestimmung habe ihren Grund in der Härte, mit der überhaupt Sklaven, auch vor dem Gesetz, nicht blos von ihrem Herrn, behandelt werden, und in der Wahrnehmung der fast durchgängigen Schlechtigkeit und Verderbtheit derselben, die eben auch die schweren Bestimmungen jenes Senats-Cohsults veranlaßten. Leicht konnten in dem Falle der L. 1. §. 22. D. cit. die Sklaven in den Verdacht gerathen, selbst ihren Herrn ermordet zu haben, und so konnte auch die Rücksicht nicht ohne Grund geltend gemacht werden, daß sie den Verdacht ihrer Missethat durch die Angabe, ihr Herr habe sich selbst entleibt, zu entfernen suchten. Wollten sie daher sicher seyn, so mußten sie zwischen zwei Uebeln das geringere wählen, und sich dem möglichen Zorn ihres Gebieters aussetzen, den sie um ihres Lebens willen nöthigten, von dem Angriff auf sein eigenes abzustehen. Plutarch erzählt in der Lebensbeschreibung des jüngern Cato §. 68. 69. daß dieser, erzürnt darüber, daß man ihm sein Schwert heimlich hinweggenommen (sein Sohn hatte dieses gethan), als ihm, ohnerachtet seines Befehls, Niemand dasselbe wiedergebracht, seine Sklaven, jeden einzeln vor sich kommen ließ, das Schwert forderte, und einen derselben thätlich mißhandelte. Hierauf wurde durch einen noch unerwachsenen Sklaven (δια παιδιου μικρου) das Schwert gebracht, mit welchem er sich, nachdem er alle Zeugen entlassen, und die Thür zu verschließen befohlen, entleibte. Aber der Grund dieser Entfernung aller Zeugen liegt wohl, wie der Zusammenhang der ganzen Erzählung lehrt, eher darin, daß er an der Ausführung seines Vorhabens nicht gehindert seyn wollte, wie es auch schicklicher schien, es nicht in Gegenwart anderer Personen zu vollführen, als daß er seine Sklaven außer Verantwortung setzen wollte, eine Verantwortung, die freilich auch vor dem Sc. Silanianum eintreten konnte. Auch glaube ich nicht, daß man sich, wenn solche vorhanden war, dadurch, daß man einen Knaben mit dem Schwert sandte, frei machen konnte, oder wollte, denn Cato hatte über sein Vorhaben sich gegen seine Freunde so entschieden ausgesprochen, daß Niemand ein Verdacht treffen konnte. Uebrigens wäre es doch auszumitteln gewesen, wer dem Knaben befohlen, das Schwert zu überbringen.

auch nicht rechtlich erlaubte, doch entſchuldbare Tödtung ſtatt fand, aus welcher für den obigen Fall wohl ein Argument vom Gegentheil entlehnt werden könnte. Die Stelle, die ich meine, und welche, wie die vorige von Ulpian, aus deſſen funfzigſten Buch zum Edikte entnommen iſt, L. 3. §. 3. D. ad Sctum. Silanianum, muß im Zuſammenhang mit dem vorhergehenden §. 2. betrachtet werden, welcher einen Gegenſatz aufſtellt: — §. 2. „Si maritus uxorem noctu intra cubiculum secum cubantem necaverit, vel uxor maritum, servi poena senatusconsulti liberabuntur. Sed si exaudissent, et opem non tulerunt, plectendi erunt, non tantum si proprii essent mulieris, sed etiam si mariti.“ Hier, wo von einer unerlaubten Tödtung die Rede iſt, ſollen die Sklaven (wieder unter Vorausſetzung, daß es ihnen möglich war, die Unthat zu vereiteln) wegen der Unterlaſſung beſtraft werden, und zwar ohne Unterſchied, ob ſie des Herrn, oder der Frau waren, ſoll ihnen die ſonſt dem Gebieter ſchuldige Folgſamkeit nicht zur Entſchuldigung dienen. Anderes im Falle des §. 3. „Si tamen maritus in adulterio deprehensam occidat, qui ignoscitur ei dicendum est, non tantum mariti, sed etiam uxoris servos liberandos, si justum dolorem exsequenti domino non restiterunt.“

Die Gründe, welche hier ausnahmsweiſe die Tödtung der Frau durch den Mann zu einer ſtrafloſen machen, (die ſpäter zu berückſichtigen ſind,) ſollen auch von den Sklaven, ſogar von denen der Frau ſelbſt, geachtet, und ihre Unthätigkeit ihnen nicht nachtheilig werden.

Richtiger, als die genannten Geſetzgebungen, haben Andere, der neuern Zeit angehörige, den Fall gewürdigt, was Stübel, wie ſich aus dem Bisherigen ergiebt, mit Unrecht anſicht. [14])

---

14) Vgl. das Strafgeſetzbuch für das Königreich Baiern vom J. 1813. Th. I. Art. 123. mit dem Strafgeſetzbuche für

Die Französische Praxis, wie eine neuere Entscheidung lehrt, folgt ebenfalls jener richtigen Ansicht. [15])

2) In Beziehung auf sich selbst.

§. 5.

Der andere Fall ist der, daß die Person im Verhältniß zu sich selbst, ihr s. g. Recht aufhebt.

---

die Herzoglich Holstein-Oldenburgischen Lande vom J. 1814. Th. I. Art. 128., die Entwürfe zu Strafgesetzbüchern für Baiern von 1822. Th. I. Art. 76., Sachsen-Weimar-Eisenach von 1822. Th. I. Satz 42., für Würtemberg von 1823. I. Abth. Art. 122. und die Anmerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover. Gött. 1826. I. Th. 527.

15) Hitzigs Annalen a. a. O. P. 103—107. (S. ob. Note 11.) In Brest wurde ein Bauer, der einen lebensatten Offizier, auf dessen Verlangen, erschossen hatte, ohnerachtet der nicht übeln Defension seines Anwaltes, zum Tode verurtheilt; das Cassationsgesuch verworfen, und das Todesurtheil dadurch mit Recht bestätigt. G. L. Gravere. Specimen de eo, an injuria volenti facta, poenis sit coërcenda. Groningae 1825. In der Anzeige dieser Schrift, im neuen Archiv Bd. IX. St. 4. P. 706. wird mitgetheilt: daß im J. 1816. eine Person, die einen Andern, auf dringende Bitten desselben, verwundete, nachdem sie ihn zuvor vom Vorhaben dringend abgemahnet haben wollte, der freiwilligen Verwundung schuldig, zu 10jähriger Kettenstrafe verurtheilt worden sey. Der Code pénal spricht von diesem Falle nicht namentlich, aber mit Recht macht die Praxis nicht Ausnahmen, die nicht im Gesetze enthalten sind, und auch nicht wohl darin enthalten seyn können. Vgl. C. Pillwitz de animi ad autochiriam persuasione eiusque poena. Lipsiae 1821. Der Recensent im neuen Archiv Bd. V. St. 3. P. 511. verliert sich bei seiner entgegengesetzten Ansicht, in das Gebiet der Zurechnungslosigkeit. Indem er selbst von einer krankhaften Seelenstimmung spricht, muß auch das von ihm angeführte Beispiel nach einem andern Grund, als dem der Unsträflichkeit einer solchen Handlung überhaupt beurtheilt werden. Einen Rechtsfall enthalten Zeiller's jährl. Beiträge

Wir gedenken deſſelben nur, um keine Lücke im Syſtem zu laſſen. Wie derſelbe zu verſtehen ſey, habe ich früher bemerkt.[16]) In dem Sinne, in welchem hier und in unſerer Wiſſenſchaft überhaupt von Rechten die Rede iſt, kann der Menſch nicht Rechte gegen ſich haben, und aufgeben oder verletzen, die denen im Verhältniß zu andern Menſchen entſprächen, und ſich dem rechtlichen Urtheil unterſtellten. Das Aeußerliche und Veräußerliche in ſeinem Privatrechtskreiſe hat eben die nothwendige Beſtimmung als ein ſolches, als das Accidentelle an ihm zu erſcheinen, und ſo begründet das eigne freiwillige Aufgeben des Rechts in Beziehung auf ſich ſelbſt keine beſondern rechtlichen Folgen. In ſo fern aber auf einem höhern Standpunkte die Rechte des Menſchen gegen ſich ſelbſt, mit ſeinen Pflichten gegen ſich, zuſammenfallen, ergiebt ſich für unſere Betrachtung, in anderer Weiſe, ein gleiches Reſultat, wie bei dem vorher betrachteten Falle. Wie bei letztern die tiefern ſittlichen Verhältniſſe und Subſtanzen nicht mit rechtlichem Erfolg zur Verfügung Anderer geſtellt werden können, ſo iſt hier die Handlung, wodurch Jemand über ſein eignes angebliches Recht verfügt, und daſſelbe vernichtet, oder angreift, aus einem ganz andern als dem blos rechtlichen Geſichtspunkte zu würdigen. Ob ſie eine unſittliche und vernunftwidrige ſey, liegt wenigſtens nicht im Criminalrecht zur Entſcheidung vor: die Rechtsphiloſophie kann aber dieſe Frage nicht von ſich abweiſen, ſo fern ſie in richtiger Beziehung zu der Ethik geſetzt wird. Damit will ich aber nicht die Möglichkeit in Abrede ſtellen, einer ſolchen Handlung unter Umſtänden eine gewiſſe Seite abzugewinnen, nach welcher ſie auch der rechtlichen Beurtheilung unterworfen ſeyn kann, nur daß dieſe, wenn ſie vorkommt, ſtets eine

---

zur Geſetzgebung und Rechtswiſſenſchaft in Oeſterreich. Th. I. P. 186 ꝛc. Zur Literatur bei Wächter iſt die nicht bedeutende Diss. histor. mor. de autochiria von M. Daegener Lips. 1715. 4to beizufügen.

16) S. oben Einleitung §. 3.

secundäre ist. Es ist hier die Stelle, wo des Selbstmordes und der Selbstverstümmlung gedacht werden muß. Für eine Prüfung der Behauptung angeblich straſloser Tödtungen bedarf es hier keiner weitern Auseinandersetzung; auch überhebt mich Wächters sorgfältige Revision der Lehre von dem Selbstmord [17]) größerer Ausführlichkeit. Daher hier nur Folgendes: Bei der Straſlosigkeit der Selbstentleibung kann zunächst die Frage aufgeworfen werden, ob sie ihren Grund in der vor dem Richterstuhl der Gerechtigkeit anerkannten Rechtmäßigkeit der Handlung, oder nur in der faktischen Unmöglichkeit habe, eine Strafe zu vollstrecken, die der Schuldige selbst als solche empfinde. [18]) Es mag auch beides zusammentreffen und anerkannt werden, daß wenigstens rechtlich der Selbstmord nicht unerlaubt sey — man mag dann die Fälle, wo der Versuch derselben geahndet wird, als Ausnahmen betrachten [19]) — es bleibt dann die Frage, ob

17) Vgl. oben Not. 10.

18) Mein System der Crim. R. W. §. 97. und Not. 43. womit zu vergleichen ist die Bemerkung von Trummer in den Beiträgen zur Philosophie d. Rechts ꝛc. §. 121. Vgl. mit 59 ꝛc.

19) Wächter a. a. O. P. 102. Den Grund, aus welchem bei Soldaten ausnahmsweise der Versuch des Selbstmordes criminell geahndet werden soll, kann ich aber nicht mit demselben (und den meisten Vorgängern) darein setzen: daß Soldaten ihre Kräfte und ihr Leben dem Staate ganz besonders verpflichtet haben, und daß dieser Verpflichtung durch Selbstmord sich entziehen wollen, bei ihnen Verbrechen seyn müßte. Nehmlich auch hier äußert sich die Consequenz der falschen Prämisse, daß das Leben als etwas Aeußerliches, dem Vertrage, der Verpflichtung untermorfenes betrachtet wird. Der Soldat (und jeder andre dem Staate Dienende) verpflichtet nicht sein Leben, (dieß ist nicht Objekt der Verpflichtung sondern identisch mit dem Subjekt derselben) sondern sich selbst und seine Kräfte, er ist verpflichtet, weil er lebt und als solcher dient, aber er ist nicht verpflichtet zu leben, im rechtlichen Sinn. Diese Verpflichtung dem Staat zu leben, die allerdings gegründet ist, gehört dem höhern Gebiet der Sittlichkeit, näher der Religion an, (C. 11. Caus. XXIII. Qu. 5.) und bezieht sich dann darauf, dem Staate zu leben, d. h. nöthigenfalls auch für ihn zu sterben, und eben in dieser letzten Nothwendigkeit liegt das, was den Vertrag aus-

die Handlung, welche rechtlich nicht verworfen wird, eine Rechtfertigung vor dem höhern Recht der Sittlichkeit habe — eine Frage, die rücksichtlich ihrer praktischen Seite, sich an die andere anschließt, ob stets nur eigentliche Rechts-Verletzungen erfordert werden, wenn eine Handlung criminalrechtlicher Beurtheilung unterliegen solle,[29]) oder ob auch

schließt. Die Gründe, die hier die Römische Gesetzgebung rechtfertigen, scheinen mir darin zu liegen. Im Soldatenstand ist die unerläßlichste Eigenschaft und die besondere Tugend, die ihn einer besondern Ehre theilhaftig macht, die heldenmüthige Selbstverleugnung, Verachtung jeder Gefahr, der er standhaft entgegentreten soll; und die entgegengesetzte Eigenschaft der Feigheit ist hier eine mit dem Stande und Berufe unverträgliche Unwürdigkeit. Ein Soldat, der sich zu entleiben versucht, ist daher stets der Ehre, ferner diesem ausgezeichneten Stande anzugehören, unwerth; die gelindeste Strafe, die ihn treffen kann, ist schimpfliche Entlassung, wenn er unmännlich einem Leiden zu entgehen sucht, (impatientia doloris, vel morbi, luctus ve vel alia causa); hatte er vollends ohne ein äußeres (nicht im Dienstverhältniß liegendes) Leiden, sine causa, sich zu entleiben versucht, also nur den Beschwerden des Dienstes selbst entgehen wollen, aber nicht einmal hiezu den Muth gehabt, seine Absicht auszuführen, so liegt, nicht in der Verletzung des angeblichen Vertrages über sein Leben, der Grund schwererer Strafe, denn dann wäre es consequenter, ihn, da er nun doch am Leben geblieben ist, zur Erfüllung jener Verpflichtung und zur Ertragung der Last des Dienstes anzuhalten, — sondern in einem solchen Grade von Feigheit, der gleich andern militairischen Verbrechen, wodurch jemand feige sein Leben retten und zugleich der Beschwerde des Dienstes entgehen will, todeswürdig ist. War die Entleibung vollführt, so war dann kein Bedürfniß einer Strafe vorhanden, abgesehen von ihrer Unausführbarkeit. Vgl. den ganzen Titel D. de re militari 49. 16. Ueber das Verbot und die Strafe des Selbstmordes bei den Athenern (die Hand, mit welcher die That verübt war, wurde abgehauen und allein begraben) s. Meier und Schömann, Der Attische Prozeß. Vier Bücher. Halle 1824. S. 310. Scheidler de morte voluntaria in Annalibus Acad. Jenens. Tom I. P. 420.

26) v. Droste-Hülshoff. Abhandlung über die Frage: Ob nur Rechtsverletzungen vom Staate als Verbrechen bestraft werden dürfen? im neuen Archiv des Crim. R. Bd. IX. Stück 4. P. 600 ꝛc.

die Verletzung der Sittengesetze vor den weltlichen Richter zu ziehen sey, und wie weit? Als eine Rechts-Verletzung (abgesehen hier von der Identität des Subjects und des Objects der Verletzung) erscheint schon deshalb der Selbstmord nicht, weil nicht ein Recht des Menschen aufgehoben, sondern dieser selbst vernichtet wird, weil das Leben, wie gesagt, nicht ein Recht des Menschen, sondern sein unmittelbares Daseyn ist, wie denn überhaupt die Tödtung, an wem sie auch verübt worden, nie das Recht auf das Leben, sondern stets das Leben selbst entzieht. [21]) Eben so ist die Bemühung vergeblich, einen rechtlichen Gesichtspunkt dadurch zu erhalten, daß man bei angenommer Verpflichtung des Menschen, Bürger des Staats, Mitglied des geselligen Verbandes zu seyn, in der freiwilligen einseitigen Entziehung eine Widerrechtlichkeit sucht. Zunächst ist diese Verpflichtung wieder nicht eine rechtliche, sondern, wie der Staat selbst, höherer sittlicher Art, daher auch über dem Standpunkte des Vertrags stehend. Hauptsächlich aber darf nicht übersehen werden, daß das Leben, als solches, seine selbstständige Bedeutung und Berechtigung habe, daher sittlicher Zweck, und nicht bloßes Mittel für einen andern, außer ihm liegenden Zweck sey. Würde man die letztere Ansicht, als die einzige hervorheben, so käme man, auf die auch wohl staatswirthschaftlich vertheidigte Behauptung, die Vermehrung der Bevölkerung überhaupt nur als Sache der Nützlichkeit zu betrachten. Allerdings, wie das Recht und Daseyn jeder niedern Sphäre dem höhern Recht, wenn die Nothwendigkeit eintritt, zum Opfer gebracht werden muß, weil es im Verhältniß zu diesem als minder berechtigt erscheint, so ist auch das Leben dem Staate zu opfern, sey es im Krieg, oder weil die Strafgerechtigkeit es heischt. Aber daraus, daß man für den Staat soll zu sterben wissen, folgt nicht umgekehrt eine rechtliche Verbindlichkeit, für ihn weiter zu leben, [22]) und man müßte conse-

21) Mein System §. 175. 282. Meine angeführte Abhandlung P. 631.

22) S. Nat. 19.

quent, wenn die Widerrechtlichkeit der Handlung in der unbefugten Entziehung der Kräfte, die man dem Gemeinweſen und dem Staate ſchuldig iſt, beſtünde, — die widerrechtliche Auswanderung, den Müſſiggang, Ausſchweifungen, welche in ihren Folgen eine Verminderung dieſer Kräfte begründen, ferner den Cölibat, auf gleiche Stufe mit dem Selbſtmorde ſtellen,[23]) ja noch mehr, man könnte mittelbar die Begehung von Verbrechen, deren Beſtrafung es mit ſich bringt, daß jene Kräfte nicht mehr, oder nicht vollſtändig mehr für den Staat verwendet werden, hieher rechnen, und endlich auch bei dem Verbrechen der Tödtung anderer Menſchen nicht nur dieſen Raub am Staate zum Hauptgrunde der Strafbarkeit machen, ſondern auch, was die Anhänger der Meinung, daß man den Einwilligenden tödten dürfe, in Verlegenheit bringen könnte, hieraus ein neues Argument zu ihrer Widerlegung entlehnen. Ueberhaupt aber wird dadurch die ganze Sache unter den früher erörterten Geſichtspunkt gezogen, wo von der Verletzung des Andern, nicht von der eignen die Rede war, nur daß, was dort die angebliche Rechtfertigung darbietet, hier gebricht. Dort war auch des Falles der vorgeblichen Beihülfe zu einem Selbſtmorde zu gedenken, den ich als ſelbſtſtändiges Verbrechen, nicht für ſo wenig ſtrafbar halten kann, wie die meinen, deren Conſequenz aus der Natur dieſer Haupthandlung die der Beihülfe beſtimmte.[24])

---

23) Daß in der Römiſchen Geſetzgebung unter Auguſtus hierauf privatrechtliche Nachtheile geſetzt wurden, daß die ſpätern teutſchen Rechte Aehnliches thun, beruht auf politiſchen, und was hier weiter auszuführen nicht der Ort iſt, auf ſittlichen Gründen, aber kann durchaus nicht unter jenen criminal-rechtlichen Geſichtspunkt gezogen werden. Allenfalls eher die canoniſch-rechtliche Anſicht des Verbrechens der Caſtration.

24) Nicht dies beſtreite ich, daß die Strafbarkeit der Beihülfe im Verhältniß zu den Haupt-Verbrechen beſtimmt werden müſſe — ein Ergebniß aus dem allgemeinen Princip, daß jeder nach ſeiner Handlung beurtheilt werden muß, (Vgl. meine angeführte Kritik der Abhandlung von Stübel über die Theil-

II. Aufhebung des Rechts von Seiten des Staats.

1) In Beziehung auf den Gegenstand der Verletzung.

§. 6.

Der andere Hauptgrund, aus welchem man das Daseyn eines Verbrechens leugnet, ist:

Wenn das Recht, welches außerdem Gegenstand eines strafbaren Angriffs seyn würde, durch den Staat aufgehoben sey, mithin auch die Bedingung der Möglichkeit einer Verletzung desselben, wegfalle. Wie folgerichtig aber auch der Schluß seyn möge, daß ein nicht existirendes Recht, auch nicht verletzt werden könne, so hat er doch aus doppeltem Grunde nur unter großer Beschränkung wirkliche Geltung. Vor Allem, weil wenn man das Wesen des Verbrechens in eine Rechts-Verletzung setzen will, dieses nur dann wahr ist, wenn man dabei an andere höhere, als die Rechte des Individuums, an das Recht, wie es im Staat gilt, in der Form gesetzlicher, sittlicher und überhaupt solcher Bestimmungen denken muß, welche, als die auch ungeschriebenen, deshalb aber nicht minder erkennbaren Elemente des positiven Rechtes einer Nation zu betrachten sind. Die Uebertretung des allgemeinen Gesetzes in diesem Sinne, ist das primäre, die Verletzung eines Rechts in engerer Bedeutung so sehr das secundäre bei dem Verbrechen, daß ein solches auch ohne jene zweite Rücksicht, schon nach der erstern vorhanden seyn kann, wenn es nur an den überhaupt nothwendigen Erfordernissen desselben nicht gebricht. Es wird also einer nähern Betrachtung der concreten Fälle bedürfen, um zu bestimmen, wie weit mit der Negation des zweiten Merkmals, auch das erste wegfalle, so daß ein solcher Angriff die Eigenschaft einer strafwürdigen Handlung nicht habe. Das

---

nahme an einem Verbrechen Not. 1.), sondern ich leugne die Anwendbarkeit des Grundsatzes auf den Fall der Selbstentleibung.

Ergebniß iſt, daß dergleichen Fälle weit ſeltener eintreten, als man jenem abſtracten Princip zu Liebe behauptet, und man wird, ſelbſt wenn man dieſes in der behaupteten Allgemeinheit zugiebt, leicht geneigt ſeyn, bei wirklichen, zur Beurtheilung vorliegenden Handlungsweiſen, wenigſtens eine Ausnahme von demſelben zuzulaſſen.

Die andere Beſchränkung betrifft nicht das Princip, ſondern die Folgeſätze deſſelben. Geſetzt, es werde zugeſtanden, daß (was zunächſt nur den zweiten der erwähnten Geſichtspunkte betrifft,) an einem Rechtloſen keine Rechte, an dem, der ein beſtimmtes Recht nicht hat, dieſes Recht nicht verletzt werden könne, — ſo fragt ſich, welches ſind die Fälle ſolcher Rechtloſigkeit — exiſtirt dieſelbe in dem gewöhnlich behaupteten Umfange, daß Jemand aller Rechte verluſtig, Gegenſtand der willkührlichen ſtrafloſen Mißhandlung Anderer ſeyn könne? [25]) Wir übergehen andere Anwendungen, und bleiben, um von dem vorgeſetzten Ziele uns nicht zu ſehr zu entfernen, bei der Behauptung er-

---

25) So führen die Meiſten als Beiſpiel an, daß eine Injuria an einem Ehrloſen nicht begangen werde. Aber zunächſt, wo haben wir ſolche Ehrloſe? Und dann, muß an dem, welchen man für einen ſolchen auszugeben geneigt ſeyn könnte, nicht wenigſtens, ſo lange er im Staate am Leben iſt, und von ihm als Menſch reſpektirt wird, auch von Seiten Anderer die allgemeine Menſchenwürde geachtet werden? Der Begriff der injuria iſt vollends im gemeinen Rechte ſo umfaſſend, daß man nach den Quellen durchaus nicht im Stande iſt, jenen wieder in abſtracter Allgemeinheit aufgeſtellten Grundſatz zu rechtfertigen. Selbſt der Verbrecher, als Sträfling, wird bei uns nach dieſer Seite, wie nach dem Recht ſeiner Perſönlichkeit überhaupt geſchützt, und darf nicht der Willkühr Anderer Preis gegeben werden. Hierüber habe ich meine Anſichten ausgeſprochen in dem Beitrage zur richtigen Erklärung der L. 5. Cod. ad. Leg. Jul. Maj. im neuen Archiv VII. Bd. 1. Stück P. 144 ꝛc. Im Attiſchen Recht iſt aber die Tödtung eines unberufen zurückkehrenden Verbannten kein Gegenſtand einer Anklage wegen Mordes. S. Meier und Schömann a. a. O. S. 309. u. Not. 49.

laubter Tödtungen stehen. Zuerst ist auch wieder die eine Prämisse der gangbaren Behauptung zu bestreiten, und mit Bezugnahme auf das früher und an andern Orten Ausgeführte — an die Wahrheit zu erinnern, daß das Leben nicht in der Eigenschaft eines bloßen Rechts gewürdigt werden dürfe, so wie es auch weder in dieser Eigenschaft allein durch Andre widerrechtlich verletzt wird, da die Verletzung noch etwas Tieferes, Substantielleres, als das Recht einer Person, (als wäre es von dieser trennbar) betrifft, noch, eben weil es von dem Individuum als solchem untrennbar ist, durch den Staat anders, nach jener Seite hin negirt wird, als so, daß auch die Ausführung seiner Erklärung durch denselben nothwendig folgt. Ferner aber jene Prämisse einen Augenblick zugegeben, oder von derselben einmal vorläufig abgesehen, trage ich kein Bedenken, von dem allgemeinen Standpunkte aus, auf dem wir uns in diesem ersten Theile der Untersuchung befinden, eine solche absolute Rechtlosigkeit gänzlich in Abrede zu stellen, und höchstens eine relative zuzugeben, bei welcher dann wenigstens von einer erlaubten Tödtung in diesem Sinn weiter nicht die Sprache seyn kann. Es bedarf hier kaum der Erinnerung, daß wenn von Rechtlosigkeit in der Bedeutung die Rede ist, in welcher der Ausdruck in der Kunstsprache der neuern Rechtsphilosophie gebraucht wird, man nicht an die technische Bezeichnung des germanischen Rechts denken dürfe. In wie fern nach diesem nehmlich wirklich Rechtlose auch Gegenstand strafloser Tödtung gewesen seyen, wird in dem andern Theile, der sich mit Prüfung des positiven Rechts beschäftigen soll, zu erörtern seyn. Für unsern, und zugleich für den neuen praktischen und legislativen Standpunkt, bleibt es ausgemacht, daß solche totale Negation des Rechts (mit dem Erfolge, daß der vermeintlich Rechtlose doch noch fort existiren könne, bis ihn, nicht der Staat selbst, sondern die Handlung eines Einzelnen Unberufenen, vernichtet, welche dann für den Getroffenen, als ein Schicksal oder zufälliges Ereigniß, nicht als die nothwendige Vollstreckung des gesetzlichen Willens im Gehorsam gegen eine

nothwendig höhere Ordnung, ereilt,) nirgends beſtehe und ausgeſprochen werde. Zu ſolchen Mißverſtändniſſen führt die falſche Unterſcheidung von angebornen und erworbenen Rechten, ſo fern man auch die Verhältniſſe, die zu erſteren gerechnet werden, unter den blos äußerlichen abſtrakt rechtlichen Geſichtspunkt ſtellt, und der Wiſſenſchaft einen weſentlichen Dienſt geleiſtet zu haben meint, wenn man ſich bemüht, ſie von allen ſittlichen Grundlagen völlig loszureißen.

Angebliche Strafloſigkeit der Verletzung der Rechtloſen.

§. 7.

Gehen wir nun näher auf die einzelnen Fälle ein, in welchen man bis auf die neueſte Zeit in Lehrbüchern des Strafrechts ſo wie des Naturrechts (wenigſtens zum Theil) Anwendungen findet, ſo wird ſich zeigen, daß ſie meiſtens vom Standpunkt des poſitiven Rechts aus betrachtet werden müſſen, wonach aber das Reſultat keineswegs befriedigend für die Vertheidiger der Anſicht ausfällt, die hier beſtritten wird. Die Erwähnung dieſer Fälle erfolgt demnach hier nur in abſtrakter allgemeiner Weiſe, mit dem Vorbehalt, ihrer an der Stelle mit Berückſichtigung ihrer Quellen und ihrer Geſchichte zu gedenken, wo ſie als concrete hingehören. Hätte man ſie nicht in dieſer Allgemeinheit erwähnt, indem man aus Mißverſtändniß des Poſitiven, eine falſche (alſo auch nicht philoſophiſche) ſ. g. Abſtraktion macht, ſo würde deren Widerlegung wenigſtens *hier* entbehrlich ſeyn. Zugleich wird dies als ein Beleg zu der Unrichtigkeit der Gleichſtellung des ſ. g. philoſophiſchen und des allgemeinen Theils des Criminalrechts, und der eben ſo unrichtigen Entgegenſetzung des beſondern oder poſitiven Theils dieſer Wiſſenſchaft dienen können, wogegen ich mich mit Andern bereits früher ausgeſprochen habe.[26])

26) Mein Syſtem der Crim. R. W. §. 29. u. Not. 19. u. der daſelbſt angef. Wächter. Meine Ueberſicht der

Das Princip, unter welches man diese Fälle, sowohl die angeblich auf allgemeinen Gründen, als die auf den Aussprüchen der Gesetze beruhenden, zu stellen gesucht hat, ist dieses, daß an Personen, die vom Staatsschutze ausgeschlossen seyen, ein Verbrechen nicht begangen werden könne. Dieß ist, in anderer Form, eben die Behauptung der Rechtlosigkeit solcher Personen, welche wir nirgends begründet finden. Es geht aber das Princip, in dieser Form selbst wieder aus einem höhern hervor, welches ich für unrichtig halte, wiewohl nicht geleugnet werden soll, daß es in der Consequenz gewisser, nicht alternativen Strafrechtstheorieen wenigstens theilweise liegen kann, — einer richtigen Theorie überhaupt aber, wie sie auch genannt werden möge, und der wahren Ansicht über die Weise, wie im Staat die Gerechtigkeit gepflogen werden soll, durchaus entgegen ist. Es soll nehmlich das Strafgesetz lediglich darauf beschränkt seyn, und deshalb Geltung in einem bestimmten Staate haben, daß es zum Schutz der Bürger und ihrer Rechte diene, aber nicht aus höherm Bedürfnisse des Rechts in allgemeinerer Eigenschaft. Solchen Schutz sey aber der Staat eben nur seinen Bürgern schuldig, wobei es noch als eine besondere Billigkeit erscheinen konnte, daß Ausländer, Fremde, die doch selbst die Römer nur kurze Zeit als hostes von der Theilnahme an ihrem Rechte ausschlossen, [27]) für ihren vorübergehenden Aufenthalt im andern Lande, nicht nur rücksichtlich ihrer eignen Verpflichtung die Landesgesetze zu respektiren — sondern auch rücksichtlich der ihnen zugestandenen Rechte, als

---

neuesten Systeme der Crim. R. W. in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Band II. P. 477 ꝛc.

27) Vgl. was Gaius Comm. IV. §. 37. über die zum Zweck aktiver u. passiver Klagefähigkeit eintretende Fiktion des Römischen Bürgerthums für oder gegen einen Nicht-Römer bemerkt, und überhaupt die Lehre des öffentlichen Rechts, so wie die Veranlassungen der Einführung des praetor peregrinus.

zeitige Unterthanen betrachtet und durch Strafgeſetze geſchützt werden ſollten. Wem die Grundſätze nicht unbekannt ſind, nach welchen früher in Teutſchland, und insbeſondere während des Beſtehens der Reichsverfaſſung die Strafrechtspflege in Beziehung auf das Ausland, und auf Ausländer verwaltet worden iſt, der wird zugeben, daß jener Grundſatz nicht praktiſch geworden iſt, und am wenigſten war er es zu der Zeit, wo ſich derſelbe zuerſt mit Beſtimmtheit in Lehrbüchern ausgeſprochen findet.[28]) Hätte man, ſtatt den Schutz der Staatsbürger als das Hauptmoment aufzuſtellen, den Schutz des Staats überhaupt genannt, ſo würde man den Vortheil erreicht haben, darunter zugleich den Schutz der Einzelnen mit inbegriffen zu haben, obgleich auch ſelbſt in jener Wendung das Ungenaue liegt, daß eine Folge der Ausübung der Strafrechtspflege an die Stelle des ſie bedingenden, dadurch noch nicht gehörig beſtimmten Grundes geſetzt wird. Wenn meine oben gemachte Bemerkung gegründet iſt, daß bei dem Verbrechen der Umſtand als ein ſecundärer, nicht als der hauptſächlichſte betrachtet werden müſſe, daß durch ein Verbrechen eine Perſon in ihren Rechten angegriffen werde, — indem vielmehr in der Uebertretung des Geſetzes, und der Störung der geſetzlichen Ordnung das Uebel liegt, dem durch die Reaktion der Strafe begegnet werden müſſe, ſo wird auch hier der entſprechende Grundſatz an ſeinem Orte ſeyn, daß es wieder nur eine untergeordnete, obgleich nothwendige Folge, des Beſtehens des Strafgeſetzes und der gerechten Handhabung deſſelben ſey, wenn der Einzelne dadurch in ſeinem Rechte geſchützt wird, indem die Bedeutung und Geltung des Strafrechts (und der Pflicht) im Staate eine höhere ſelbſtſtändige iſt. Die in der Anwendung der Strafe enthaltene Wohlthat kommt dem Bürger, nur als Folge — oft nur als mögliche zu gut — für den Staat iſt ſie

28) Mein Verſuch über die Beſtrafung der im Auslande begangenen Verbrechen. Landshut 1819.

eine wirkliche, weil sie die Verwirklichung der Gerechtigkeit ist, die nicht als abstrakter Gedanke hingestellt wird, sondern als Idee ihre Realität hat. Ist hiernach selbst in der Aufstellung eines Schutzes für den Staat als Bestimmung der Strafrechtspflege, die Verkennung des richtigen Gesichtspunktes enthalten, daß, zum Mittel für den Staat herabgesetzt wird, was für sich selbst Zweck, und für ihn Pflicht, somit höheres Recht ist, so ließe sich doch wenigstens jenes Princip dann dadurch rechtfertigen, daß man anerkennt, der wahre Schutz des Staats liege eben in der Gerechtigkeit — es würden dann aber aus dem Princip nicht wohl jene unrichtigen Folgen haben abgeleitet werden können; ja, selbst das Bedürfniß und Mittel des Schutzes im gemeinern Sinne genommen, würde die Folgerechtigkeit, auch mancher entgegengesetzten Theorieen, (der Prävention, Abschreckung, des psychologischen Zwanges, der Besserung ꝛc.) dahin führen können, (ich sage absichtlich nicht müssen, weil die Sache auch noch eine andere Seite hat, die die Gegner als die richtige herauszuheben geneigt seyn möchten) daß der Staat sich nicht vollständig geschützt und gesichert erachten dürfe, wenn er die Urheber von Verbrechen — auch an den angeblich außer seinem Schutze stehenden Personen, straflos ließe. Seine Betrachtung würde sich nehmlich von dem Gegenstand der Verletzung, und dem dadurch gestifteten Schaden ab, und zu dem Thäter wenden, dessen gefährliche Gesinnung und Handlungsweise ihm nicht gleichgültig seyn könnte. Daß hier die Strafe, nicht wie sie es soll, auf das Vergangene, die verübte That, als Gegenwirkung, sondern, auf die Zukunft, auf einen durch sie, nicht in ihrer allgemeinen, sondern der besondern Anwendung, zu erreichenden Zweck bezogen würde, ist dem Geist jener Theorieen angehörig, und wo es nicht als Folge, sondern als Grund der Bestrafung aufgestellt wird, allerdings nicht zu billigen. Allein es kommt hier nur darauf an, zu zeigen, daß sogar jene abgeleiteten falschen Folgen, aus den eignen Vordersätzen mancher Theorieen ihre Rechtfertigung entbehren.

Einzelne Anwendungen.

§. 8.

Betrachten wir nun die einzelnen Beiſpiele ſolcher Rechtloſigkeit. Hier begegnen wir zunächſt

a) Der Behauptung, daß auch an einem zur Todesſtrafe Verurtheilten, ſelbſt von dem Dritten, der zur Vollſtreckung des Urtheils nicht beauftragt und verpflichtet iſt, das Verbrechen der Tödtung nicht begangen werden könne. Ich habe in einer beſondern Abhandlung [29]) dieſe Anſicht, mit ihren falſchen Oberſätzen und Folgerungen, theils auf dem Wege widerlegt, auf dem man ſie zu begründen geſucht hat — dem rechtsphiloſophiſchen, theils durch die, von den Vertheidigern derſelben überſehenen oder nicht berückſichtigten Beſtimmungen unſeres poſitiven Rechts, theils gezeigt, daß auch unſere Praxis widerſpricht. Es bedarf hier um ſo weniger einer Ausführung, als ſelbſt aus dem bereits hier Vorangeſchickten die richtige Löſung der Frage ſich ergiebt. Man rechnet hierher ferner

b) Des Landesverwieſene, die des Verbots ohngeachtet zurückkehren.

c) Geächtete Perſonen.

Auch dieſer beiden Fälle iſt in jener Abhandlung gedacht worden, um ihnen ihren rechtlichen Geſichtspunkt zu vindiciren. [30]) Da wir in dem andern Theile, nach dem

---

29) S. oben Not. 2. Nachträglich kann ich noch eine intereſſante Antwort eines Strafgefangenen, aus Feuerbach's Aktenmäßiger Darſtellung merkwürdiger Verbrechen, Th. II. S. 485. anführen, in der ſich der richtige praktiſche Sinn ausſpricht. Gefragt von einem Mitgefangenen: ob wohl ein Züchtling, welcher einen andern Züchtling ermorde, gleich andern Mördern mit dem Tode beſtraft werde; erwiederte er: „wie er doch nur fragen könne? Allerdings werde auch ein ſolcher mit dem Tode beſtraft. Menſch bleibe Menſch, er lebe in der Freiheit oder im Zuchthauſe.“

30) a. a. O. P. 627. Not. z.

geſchichtlichen Standpunkte des poſitiven Rechts nochmals auf dieſelben zurückkommen werden, ſo genüge hier für die allgemeine Betrachtung die Angabe des Reſultats, daß abgeſehen von der nach Grundſätzen der Rechts-Philoſophie nicht zu rechtfertigenden Behauptung völliger Rechtloſigkeit ſolcher Perſonen, nur eine Vernachläßigung des poſitiven Rechts, eine Abſtraction möglich gemacht habe, die ſo beſtimmte Zeugniſſe gegen ſich hat, wie ſie ſich hier unſrer Anſicht unterſtützend und beſtätigend darbieten. Hieran ſchließt ſich

d) die aus jenem gemißbilligte Princip, daß nur an dem im Staatsſchutze ſtehenden Bürger, nicht an dem davon ausgeſchloſſenen, ein Verbrechen möglich ſey, mit ſcheinbar größerem Recht abgeleitete Folgerung, daß an dem im Lande befindlichen feindlichen Militair und zur Occupations-Armee gehörigen andern Perſonen von Seiten der Bürger, eine, wenigſtens nach den, von der noch beſtehenden rechtlichen Gewalt des Staats zur Handhabung ſeiner Strafgeſetze, zu befolgenden Grundſätzen zu ahndende Handlung, namentlich eine ſtrafbare Tödtung nicht begangen werde. Der ſcheinbare Grund iſt, daß der Staat, den im Kriegszuſtande mit einer andern Macht das Mißgeſchick traf, in ſeinen Landestheilen feindliche Truppen aufnehmen zu müſſen, weder Pflicht, noch Intereſſe habe, jene Feinde, in einem Zuſtande gegen Angriffe zu ſichern, wo an die Stelle des rechtlichen ein Gewalts-Verhältniß getreten ſey. Allein eine nähere Betrachtung eben dieſes Verhältniſſes, ſo wie eine Würdigung der hier zur Anwendung kommenden Grundſätze, wird uns auf das entgegeſetzte Reſultat, als das richtige und auch von der Praxis anerkannte, führen.

Wir reden hier von Bürgern oder Staatsgliedern, die nicht als wirkliche Krieger dem Feinde gegenüber aus einem andern, kriegsrechtlichen Geſichtspunkte, bei ihrem Verhalten gegen denſelben beurtheilt werden müſſen. Bekanntlich

aber wird durch den Kriegsſtand, allenfalls den Fall eines bellum interrecinum abgerechnet, der nach dem ſittlichen und völkerrechtlichen Standpunkte unſerer Zeit wohl nicht vorkommt, keineswegs der Rechtszuſtand in dem Grade aufgehoben, daß für den Bürger, deſſen Rechte, zufolge ausdrücklicher Capitulationen, oder der ſich von ſelbſt verſtehenden allgemeinen Gebräuche, auch vom Feinde ſelbſt, im weſentlichen anerkannt worden,[31]) eine Befreiung von den ihn verbindenden Geſetzen, gegenüber wem es auch ſeyn ſollte, eintreten, und gerechtfertigt werden könnte. Man muß jedoch hier die bereits gethane Anſicht aufgeben, daß das Kriterium des Strafgeſetzes in dem Schutze zu ſuchen ſey, welchen es Jemand gewähre, denn allerdings iſt es richtig, daß die Feinde nicht gerade im Schutz ihrer Gegner ſtehen, und es würde ſogar zu einer Sonderbarkeit führen, wenn man behaupten wollte, daß der mächtige Sieger, gerade in dem Zeitpunkt, wo ſeine Gegner unterliegen, und ihm gegenüber ohnmächtig ſind, den Schutz der letztern bedürfe, oder auch nur annehme. Wir ſind auch nicht genöthigt, für unſere, aus den poſitiven Geſetzen[32]) und der Praxis beſtätigte An-

31) Dieſe unrichtige Anſicht ſtellt van der Becke in ſeiner übrigens verdienſtlichen Abhandlung über den Krieg und ſeine Beziehungen auf das Criminal-Recht im neuen Archiv des Crim. R. I. Bd. 3. St. S. 404. auf. Indem er das oben gemißbilligte Princip für „philoſophiſch richtig“ ausgiebt, (gegen deſſen Conſequenz ſich mit Recht Mittermaier in einer Anmerkung daſelbſt erklärt hat) zugleich aber bemerkt, daß in der Wirklichkeit anders verfahren werde, ſo muß es ſcheinen, als wenn hier die Praxis der Vernunft u. dem Rechte entgegen, folglich eine Aenderung zu wünſchen wäre. Allein die Praxis hat hier das Recht auf ihrer Seite, und iſt auch einer richtigen Theorie völlig entſprechend.

32) Dieſe beſtrafen in der Regel jedes Verbrechen, ohne Rückſicht, ob daſſelbe an einem Inländer, oder einem Ausländer begangen wurde, und mit vollem Rechte. Die weitere Ausführung und Beweiſe ſ. in meinem Verſuch über die Beſtrafung der im Auslande begangenen Verbrechen. Vgl. oben Not. 28.

ſicht, mit manchen Rechtsgelehrten den Grund, aus welchem der Staat ſeine Bürger, wegen des Angriffs auf das Leben eines feindlichen Soldaten, beſtraft, in der politiſchen Rückſicht auf die außerdem drohende Gefahr zu ſuchen.[33]) Denn abgeſehen davon, daß ohne Rechtsgrund hier ſchwerlich die Politik eine ſolche Maaßregel rechtfertigen dürfte, ſo iſt theils ſchon durch das verübte Verbrechen, auch wenn es zur Strafe gezogen wird, jene Gefahr noch nicht entfernt, theils überhaupt ein Kriegs-Zuſtand vorhanden, theils aber, und insbeſondere wird, wie es auch meiſt geſchieht, die feindliche Macht ſich nicht erſt auf jenen angeblichen Schutz, und die Geneigtheit der Gerichte, denſelben angedeihen zu laſſen, ſtützen, ſondern den Verbrecher, wenn ſie ſeiner habhaft wird, in der Regel nach militairiſchen Geſetzen richten. Die Pflicht des Staats iſt aber hiervon unabhängig und ſelbſtſtändig, und tritt alſo nothwendig ein, wenn erſt ſpäter, ohne Concurrenz des Feindes, die Möglichkeit der Unterſuchung und Beſtrafung ſtatt findet, ſo wie ſie nur wegfällt, wenn der Feind die Colliſion mehrerer in dieſem Falle zuſtändiger Behörden durch Prävention beſeitigt. In wie fern durch den Fall der Nothwehr, oder ſonſt durch die eigentlichen Modificationen, die durch den Einfluß des Krieges auf das Strafrecht herbeigeführt werden, Strafloſigkeit oder die Milderung der Strafe bewirkt werden könne, wie fern das Gebiet der Gnade eintreten dürfe,[34]) gehört einer andern Seite der Beurtheilung an. Denn alle dieſe Umſtände machen ſich erſt geltend, wenn, wie es geſchehen muß, eine Unterſuchung eingeleitet und die Sache zur Urtheilsfällung reif iſt. Nur von vorne herein kann hier nicht Strafloſigkeit behauptet, nicht das Daſeyn eines als Verbrechen zu unterſuchenden Falles

33) Dieſes vertheidigt Tittmann Verträge und Urtheile über merkwürdige Straffälle aus Akten, S. 32. 33. und in ſeiner Abhandlung über die Strafrechtspflege in völkerrechtlicher Rückſicht. Dresden 1817. S. 13 ꝛc.

34) Van der Becke a. a. O. P. 424 ꝛc.

geleugnet werden — ſonſt bedarf es keiner Erinnerung, daß die Ausübung der Strafgerechtigkeit, und die gerechte Anwendung der Strafgeſetze neben der Zuerkennung und Vollſtreckung der rechtlich verwirkten Strafe, noch den Fall der gerechten Losſprechung, und als gerechte Beurtheilung auch die mildernden Rückſichten in ſich ſchließe, für welche ſich hier meiſtens dem Vertheidiger ein reiches Gebiet eröffnen wird. Endlich

e) Wäre nun zur Ergänzung dieſer beſondern Fälle angeblicher Rechtloſigkeit, und gleichſam als Schlußſtein und generalis clausula die Rechtloſigkeit überhaupt zu erwähnen, wenn nicht die bisherige Betrachtung hinlänglich ergeben hätte, daß eine ſolche mit eben ſo wenig Grund vor der Philoſophie des Rechts, als nach den poſitiven Geſetzen vertheidigt werden könne.

2) In Beziehung auf das Subject der Verletzung.

a) Ausnahmsweiſe erlaubte Selbſthülfe.

§. 9.

Unter den allgemeinen Geſichtspunkt, den wir bisher verfolgten, gehört nun, gegenüber dem Falle, wo angeblich das Recht durch den Staat in Beziehung auf den Gegenſtand der Verletzung negirt iſt, ſo daß ein Verbrechen an demſelben nicht begangen würde, der andere, wo rückſichtlich des Urhebers, zufolge ſpecieller höherer Erlaubniß oder Befehls, der Begriff eines Verbrechens wegfällt, wenn ein Erfolg (für unſere Betrachtung — eine Tödtung) herbeigeführt wird, der außerdem, als dem Geſetze widerſprechend, deſſen Gegenwirkung nöthig machen würde.

Unter dieſen Geſichtspunkt laſſen ſich zweierlei Verhältniſſe ſtellen. Das eine

a) Wenn ausnahmsweiſe gegen ſonſtige Grundſätze im Staate, Selbſthülfe erlaubt wäre, und die Anwendung derſelben bis zur Lebensberaubung des Gegners ausgedehnt werden dürfte. Dieſer Fall iſt hier

nur remissiv zu berühren. Denn solche Ausnahmen sind, wo sie bestehen, rein positiver Natur, und werden daher weiter unten zu würdigen seyn. Das Princip ist jedoch hier zu erwähnen, daß nehmlich um den Unterschied von dem Falle der Negation des Rechts, rücksichtlich des Objects der Verletzung, hier bestimmter hervorzuheben, nur der Urheber, durch die Erlaubniß zur Selbsthülfe (die als solche von der Selbstvertheidigung getrennt werden muß, wiewohl sich später zeigen lassen wird, daß sie im Ganzen auf die Voraussetzungen und Regeln der letztern beschränkt sey) so fern er von derselben Gebrauch macht, von dem Strafgesetz entbunden ist, dagegen der Gegenstand der möglichen Verletzung, als solcher, wenn er wegen des Benehmens zur Verantwortung gezogen wird, welches die erlaubte Selbsthülfe gegen ihn rechtfertigt, einer, nach Verschiedenheit der Fälle und ihrer eigenthümlichen Gestaltung verschiedenen Beurtheilung unterliegt, aber selbst in der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes nicht für rechtlos erachtet werden darf.

b) Zufolge rechtlichen Befehls.

§. 10.

Sowohl hier als auch

b) In dem Falle einer durch rechtlich bindenden Befehl verübten Verletzung — (hier Tödtung) ist der Grund der Straflosigkeit darin zu suchen, weil das wesentliche Merkmal eines Verbrechens fehlt, demzufolge nehmlich das Individuum seinen besondern, als von dem allgemeinen Willen des Gesetzes abweichend gekannten und gewußten Willen (sciens dolo malo[35]) durch die That äußert, und also das Gesetz bricht.

35) Vgl. die bei Martin a. a. O. §. 36. Not. 6. zusammengestellten Belege.

Wer der Erlaubniß sich bedient, wer dem Befehl gehorcht, der handelt vielmehr im Bewußtseyn der Uebereinstimmung seines besondern Willens mit dem Gesetz, und indem die etwanige Verantwortlichkeit den trifft, der die Erlaubniß oder den Befehl ertheilte, so hat der Handelnde, weder nach der innern Seite seiner Gesinnung, noch nach der äußern, der Bethätigung derselben, einen Widerspruch, dessen Aufhebung nothwendig wäre, bekundet. In beiden Fällen jedoch, die sich zunächst auch noch dadurch unterscheiden, daß die Anwendungen des ersten, ein für allemal im Voraus gesetzlich bestimmt ist, übrigens aber dem Individuum frei steht, von derselben keinen Gebrauch zu machen, die des zweiten hingegen nur specieller und concreter Art, aber für den zum Gehorsam Verpflichteten eine Nothwendigkeit begründen sollen, fassen wir hier nur den Standpunkt der juristischen, nicht auch den der moralischen Zurechnung auf. Letztere, und wenn wir auf das höhere Gebiet der Sittlichkeit und Religion übergehen, würden der Regel nach (nothwendige Ausnahmen auch hier zugegeben), das nicht rechtfertigen, was nach der blos rechtlichen Rücksicht wenigstens als eine vor dem weltlichen Richter strafbare Handlung nicht erscheinen würde. Um aber unsern zweiten Fall nun genauer festzustellen, weil hier in der That Beispiele wirklicher straffloser Tödtungen vorkommen, ist es nothwendig, theils dem Princip, welches zur Rechtfertigung dienen soll, seine bestimmten Grenzen anzuweisen, theils die einzelnen, sich daraus ergebenden Anwendungen in nähere Erwägung zu ziehen.

Nähere Bestimmung.

§. 11.

Es ist im Allgemeinen zu unbestimmt, und daher zu viel beweisend, wenn man den Befehl überhaupt als rechtfer-

tigend für den Gehorchenden betrachtet,[35b]) der eine, den Gesetzen widersprechende Wirkung hervorbrachte, gleich als

35b) Das richtige Princip, welches ein biblischer Spruch, Apostel-Geschichte Cap. 5, 29. Cap. 4, 19. so ausdrückt: Man muß Gott mehr gehorchen, denn den Menschen, ist in dem Canon-Rechte ausgesprochen, C. 91. Caus. XI. Qu. 3. „Non semper malum est, non obedire praecepto, cum enim dominus jubet ea, quae sunt contraria Deo, tunc et obediendum non est.“ Während so dieses Recht, nach seinem Standpunkte und als Gewissenspflicht aufstellt, den Gehorsam gegen den Vorgesetzten zu verweigern, wenn dadurch dem göttlichen Willen zuwider gehandelt würde, — (und lieber dann das zeitliche Uebel zu dulden) stellen die weltlichen Rechte nach ihrem Standpunkt noch bestimmter auf, wie ein Gehorsam gegen einen Befehl, der zur Uebertretung des Gesetzes wird, weit entfernt den Gehorchenden zu entschuldigen, diesen vielmehr schuldig macht: L. 10. D. de O. et A. (Alfenus). „Servus non in omnibus rebus sine poena domini dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere, aut furtum alicui facere servum jussisset. Quare quamvis domini jussu servus piraticam fecisset judicium in eum post libertatem reddi oportet. Sed si aliqua rixa et litibus et contentione orta esset, aut aliqua vis juris retinendi causa facta esset et ab his rebus facinus abesset, tum non convenit praetorem, quod servus jussu domini fecisset, de ea re in liberum judicium dare. — L. 8. pr. Cod. ad leg. Jul. de vi publica vel privata. IX. 12. „Servos qui fecisse violentiam confessoribus testium aut propriis docebuntur, si id inscio domino commiserint: postremo supplicio deditos luere perpetrata censemus. Quod si illi metu atque exhortatione dominorum violentiam admiserint, palam est secundum legem Juliam dominum infamem pronunciatum, loci at originis propriae digni tute non uti: servos vero, quos furoribus talibus paruisse constiterit, metallo post sententiam dedi. — L. 2. Cod. de sepul. violat.

wenn letzterer für ſeine Handlungsweiſe keine objectiven Rückſichten göttlicher und menſchlicher Gebote zu beachten, und

---

IX. 19. „Si servus in demoliendis sepulchris fuerit deprehensus, si id sine domini scientia faciat, metallo addicatur, si vero domini auctoritate vel jussione urgetur, relegatione plectatur.“ Zwar ſoll hier, wenn der Sclave auf Befehl ſeines Herrn thätig war, eine aus dem Verhältniſſe ſelbſt gerechtfertigte Milderung im Gegenſatz zu dem Fall eintreten, wo er ohne Wiſſen des Herrn handelte, aber der Grundſatz, daß er dennoch ſtrafbar ſey, iſt richtig anerkannt. Daher wird auch der L. 4. D. de R. J. C. 17. in abſtrakter Allgemeinheit von Ulpian aufgeſtellte Satz, oder vielmehr die Vermuthung: „Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini in L. 157. pr. D. eod. tit. durch denſelben näher beſchränkt: „Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si dominis — obtemperaverint.“

Vgl. noch Can. 97. Caus. XI. Qu. 3. (Auguſtinus sermon. 6. de verbis Domini) „Qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit. Sed quid si illud jubeat; quod non debeas facere? Hic sane comtemne potestatem, timendo potestatem. Ipsos humanarum legum gradus advertite. Si aliquid jusserit Curator nonne faciendum est? Tamen si contra Proconsul jubeat, non utique contemnis potestatem, sed elegis maiori servire. Nec hinc debes minor irasci, si maior praelata est. Rursus si aliquid ipse Proconsul jubeat et aliud jubeat Imperator, numquid dubitatur illo contempto, illi esse serviendum? Ergo si aliud Imperator, et aliud Deus, quid judicatis? Solve tributum, esto mihi in obsequium. Recte sed non in idolio. In idolio prohibet. Quis prohibet? Maior potestas. Da veniam: tu carcerem, ille gehennam minatur. Hic tibi assumenda est fides tua tanquam scutum, in quo possis omnia ignita jacula inimici exstinguere.“

sich nur mit einer formellen Pflichtbeachtung begnügen dürfte, die zur Heuchelei und andern Formen der Schlechtigkeit wird. Die Forderung, daß der Mensch die Pflicht erfüllen soll, ist in solcher abstracten Allgemeinheit ausgesprochen, eine formelle, darum leere Bestimmung, die ihren Inhalt erst noch auf einem bestimmten Gebiet erwartet und erhält, wo, was die Pflicht jedes Einzelnen, als sittliches Wesen überhaupt, und in der bestimmten, ihm angewiesenen Sphäre seiner Thätigkeit sey — näher ausgesprochen ist — so daß hier zu dem Formellen das wesentliche Materielle hinzukommt. Jene materiellen Bestimmungen in den verschiedenen Gebieten der Religion, des Staats, der Familien ꝛc., haben für sich eine selbstständige Gültigkeit, und daher den Gehorsam und die Anerkennung des Individuums in Anspruch zu nehmen, welches mit Besiegung seiner allenfalls zum Gegentheil geneigten subjectiven Neigungen sich dem Allgemeinen, Vernünftigen, unterordnen muß, und deshalb auch die Verpflichtung hat, sich zu bemühen, jenen Inhalt seiner Pflichten kennen und einsehen zu lernen, indem nicht nur das wissenschaftliche Entgegenhandeln in irgend einer der genannten Sphären unrecht oder verwerflich ist, sondern auch der Irrthum, wenigstens theilweise, bei der Möglichkeit sich von derselben zu befreien, zur Schuld zugerechnet werden muß. Auch wird es wohl ziemlich allgemein jetzt zugestanden, daß es nicht dem subjektiven Ermessen lediglich überlassen bleiben kann, zu unterscheiden, was gut und recht sey, sondern daß diese Bestimmungen eine objektive Unabhängigkeit haben, und es kann daher oft nur im Gebiete der Gnade, nicht des Rechts, der Umstand als mildernd in Betracht kommen, wenn Jemand aus vermeintlicher guter Absicht, sich zur Begehung eines Verbrechens hat verleiten lassen.[36]) Hiernach ist nun auch die Pflicht des Gehorsams gegen Vorgesetzte, in diesem Sinn eine blos formelle, als der Inhalt des Gebots oder Befehls des Herrn durchaus nicht, ohne alle Prüfung für den Unter-

36) Baier Strafgesetzbuch Th. I. Art. 59.

geboren, nach der Seite des Verhältniſſes zu dem höhern Recht, dem der Befehlende ſelbſt gehorchen ſoll, bleiben darf. Ohnedem giebt es, da wir keine Sclaverei, überhaupt keinen Zuſtand völliger Abhängigkeit von fremdem Willen haben, und der Einzelne, irgend einer Herrſchaft Unterworfene, unmittelbar und nicht blos durch deren Vertretung unter dem Geſetze ſteht, in unſerer Zeit keinen Fall der gänzlichen Willenloſigkeit eines Dieners, wonach er in Ausführung eines ihm ertheilten Befehls lediglich nach ſeiner phyſiſchen Eigenſchaft als Werkzeug fremden Willens erſcheinen dürfte. Daher wird die rechtswidrige That des Gehorchenden, wenn die weſentlichen Erforderniſſe nicht fehlen, dieſem nothwendig als ſeine Handlung zugerechnet, deren Strafloſigkeit oder Rechtfertigung durch das Berufen auf den erhaltenen Befehl eines Vorgeſetzten, oder überhaupt einer Perſon, der man Gehorſam ſchuldig ſey, nicht begründet werden kann. Jemand kann durch Befehl (unter andern) ſ. g. intellectueller Urheber eines Verbrechens werden, aber bekanntlich liegt darin kein Grund, das Daſeyns eines Verbrechens des ſ. g. phyſiſchen Urhebers zu leugnen.[37]) Zur Vermeidung von Mißverſtändniſſen mag indeſſen bemerkt werden, daß hier nicht in Abrede geſtellt wird, daß es Fälle geben kann, wo die Beurtheilung des Einen oder des Andern verſchieden ſeyn muß. Auch ſoll aber umgekehrt keineswegs für die nachzuweiſenden rechtlichen Ausnahmen, wo der Gehorchende durch den Befehl gerechtfertigt wird, behauptet werden, daß der Gebieter eine widerrechtliche Handlung, ſondern nur überhaupt daß er eine Handlung zu vertreten habe, und es wird ſich ſogar in den meiſten Anwendungen nachweiſen laſ-

37) Eine nothwendige Ausnahme tritt ein, wenn der Grund des hierin liegenden Irrthums in dem Mangel der Zurechnungsloſigkeit liegt. Allein der Irrthum für ſich kann weder zur Entſchuldigung, noch zur Annahme der Zurechnungsloſigkeit dienen. Ich nehme dieſe gangbaren Beziehungen in dem gewöhnlichen von Strübel gemißbilligten Sinne. Vgl. oben Not. 1.

sen, daß wo der Gehorchende durch den Befehl zur Vornahme einer Thätigkeit veranlaßt ward, die denselben äußern Erfolg, wie unter andern Umständen ein Verbrechen hat, — nur so darf man sich ausdrücken, und nicht von einem Verbrechen reden, welches hier nicht vorhanden ist, — auch von Seiten dessen, der den Befehl ertheilte, eine gerechtfertigte Handlung vorliege. Indessen werden auch Ausnahmen zu berücksichtigen seyn, bei denen die Handlung von Seiten des Obern den Charakter der Widerruflichkeit hat, der ihr rücksichtlich des Untergebenen mangelt. Dieß führt uns auf die nähern Beschränkungen, unter welchen obiger Grundsatz praktisch wird.

Ausschließung nicht hierher gehöriger Fälle.

§. 12.

Da nehmlich kein Dienst- oder Unterwürfigkeits-Verhältniß besteht, welches die ganze Persönlichkeit und deren Freiheit (diese hier im höhern Sinne der Handlung genommen) umfassen könnte, so ist näher der engere Kreis eigentlicher, in dem besondern Dienst-Verhältniß enthaltenen Pflichten ins Auge zu fassen, um damit ein für allemal alle andere Fälle ertheilter Befehle, die das Gebiet des Dienstes nicht betreffen, abzusondern. Zwar findet sich nicht selten, bei Untergebenen, aus sehr verschiedenen, theils guten, theils schlechten Gründen, eine Geneigtheit zum Gehorsam, vielleicht sogar die Meinung der Verbindlichkeit, auch außer jenem Gebot, aber es kann dieser Zufälligkeit, so wenig, wie nach dem bisher Ausgeführten, dem Irrthum, die rechtliche Wirkung beigelegt werden, daß sie von der Beobachtung der höhern Gebote dispensiren dürfte, denen man mehr gehorchen soll, als den Menschen. Aber nicht genug — auch innerhalb des Gebietes der Dienstpflicht selbst, müssen Beschränkungen anerkannt werden. Denn der Form nach ist es oft nicht schwer, den Befehl so zu stellen, daß er als Ausfluß der Macht erscheint, die Jemand in seiner objectiven Eigenschaft

eines Beamten — eines ſolchen, der den höhern Willen des Geſetzes geltend macht, anvertraut iſt, dennoch könnte ſich dem Inhalte, der Sache nach, die Willkühr und dem Rechte widerſtreitende Subjectivität ausgeſprochen haben. Mit der Beſtimmung nun, daß für den Untergebenen ein Verhältniß, wo er zum Gehorſam verpflichtet, und wo ſein Widerſpruch ſelbſt unrecht wäre, vorausgeſetzt werde, ſind wir, ſelbſt nach den enger gezogenen Grenzen, über die Form noch nicht hinausgekommen. Es iſt alſo auch hier der Inhalt des Gebots, deſſen Verhältniß zu dem Geſetze, dem ja der Diener ſelbſt, und eidlich verpflichtet iſt, und folgeweiſe zu dem Gebieter zu prüfen, und dieſes widerſpricht keineswegs der in der Dienſt-Inſtruktion auferlegten Pflicht zur getreulichen Ausführung der ertheilten Anweiſungen, vielmehr iſt dieſes die wahre Treue im Beruf.

Verbindlichkeit des Befehls.

Erſter Fall.

§. 13.

Mit Berückſichtigung der im Staate hierüber geltenden Beſtimmungen ergiebt ſich hier nun folgender Unterſchied:

1) Gewiſſe Untergebene, und folgeweiſe in der Stufen-Ordnung des Beamten-Organismus, auch wieder ſelbſt Gebieter oder Vorgeſetzte, haben das Geſetz ſelbſt, und näher ihre Inſtruktion als Norm ihres Verhaltens vorgeſchrieben, und ſind daher eigner Beurtheilung fähig, und zu derſelben berechtigt und verpflichtet. Niemand wird dies ſo mißverſtehen, als wenn der untere, ausführende Beamte, ein ſelbſtſtändiges neues Urtheil über den Inhalt des höhern, mit dem Erfolge hätte, daß er das ſeinige, an deſſen Stelle ſetzen dürfte. Zunächſt iſt von der Sitte zu erwarten, daß der Höhere im Dienſt ſeiner Pflicht — auch in der materiellen Bedeutung lebe, und nichts Unrechtes verfügen werde, dann aber iſt, natürlich unter Vorausſetzung, daß ordnungs-

mäßig verfahren worden sey, das Resultat der Prüfung des untern Beamten, daß er Folge leisten müsse; aber es unterscheidet sich von dem blinden Gehorsam, durch das Bewußtseyn der Gründe seines Folgens, die, wenn sie auch in einzelnen Fällen scheinbar Bedenken erregen, ihre allgemeine nothwendige Gültigkeit haben. So wird möglicherweise ein Unterrichter, dessen Urtheil in einer Rechtssache in höherer Instanz abgeändert wurde, mit dem Oberrichter, auch nach der Prüfung der Gründe der neuern Entscheidung, nicht einverstanden seyn, aber dennoch muß er das jetzt rechtskräftige höhere Urtheil zum Vollzug bringen, denn die jetzt geforderte Prüfung von seiner Seite bezieht sich ja nicht auf den Inhalt des Rechtsstreites, sondern auf die Nothwendigkeit mehrerer Instanzen, auf die Rechtskraft und andere Rücksichten, die überwiegend sind, gegen seine besondere Ansicht, über die Art, wie dort zu entscheiden gewesen wäre. Wir sprechen aber hier überhaupt nur von solchen Befehlen, die eine criminalrechtliche Seite haben. Insbesondere für den Fall der Tödtung wird es keines weitern Beweises bedürfen. Wo aber von diesem die Rede ist, kommt wohl eher

Zweiter Fall.

§. 14.

2) der andere Fall zur Anwendung, daß eine meist ganz untergeordnete Klasse von Dienern, eben durch ihr Verhältniß, zur unmittelbaren Thätigkeit auf amtlichen Befehl verpflichtet ist, ohne daß ihr über den Gegenstand und die Beschaffenheit des Befehls eine weitere Prüfung gestattet seyn dürfte, vorausgesetzt, daß das Gebiet des Dienstes selbst nicht überschritten ist, denn rücksichtlich dieses Umstandes, so wie dessen, was über der Grenze hinaus liegt, gilt ein höheres Gesetz, als der Wille und Befehl des Vorgesetzten. Daß aber hievon

abgeſehen, die äußerſten Vollſtrecker richterlicher und anderer amtlicher Befehle, nur als phyſiſche Werkzeuge des durch den Beamten ſich verfaſſungsmäßig ausſprechenden Willens der Geſetze in Betracht kommen, und hier die Verantwortlichkeit dafür, daß der Befehl dem Rechte gemäß ſey, ſie nicht, ſondern ausſchließend jene treffe, beruht auf vernünftigen Gründen, deren Ausführung hier nicht am Orte ſeyn würde. Hier kommen nun in der That die häufigſten Anwendungen einer Gewalt gegen Individuen vor, welche, um von Seiten des dieſelbe Ausübenden gerechtfertigt, und für den, der ſie erfährt, von widerrechtlicher Willkühr und Mißhandlung unterſchieden zu ſeyn, ſich auch der Form nach, als das in Thätigkeit tretende Geſetz äußern muß. Wie wäre es aber mit rechtlicher Ordnung vereinbar, wenn der zur Pfändung (pignoris capio), zur Verkümmerung eines Gegenſtandes, zur Verhaftung eines Individuums angewieſene Gerichtsdiener, ſich an die Stelle des Richters ſetzen, und ſelbſt Recht ſprechen wollte? Aber ſelbſt hier iſt weiſe durch Anordnung beſtimmter Formen [38]) geſorgt, daß die unmittelbar Be-

38) Entweder iſt bereits eine gerichtliche Anzeige vorausgegangen, z. B. die Androhung der Exekution, wenn innerhalb beſtimmter Zeit die Erfüllung des Urtheils nicht erfolgt ſeyn würde, oder der Diener muß ſich durch ſchriftlichen Befehl legitimiren ꝛc. Zu dieſer weſentlichen Bedeutung der Formeln ſcheint es auch zu gehören, daß bei einigen der ältern legis actiones im Römiſchen Rechte, die uns Gaius kennen lehrt, gewiſſe feierliche Worte ausgeſprochen wurden, um die Handlung, als dem Rechte entſprechend, vorzunehmen, und ſie von dem Schein einer verbotenen Selbſthülfe zu befreien. Hieher gehören nehmlich die manus injectio („ob eam rem ego tibi manum injicio“ und wenn die pro judicato actio gegeben war, mit der Einſchaltung pro judicato manum injicio) Gaius IV. §. 24. u. die pignoris capio, wobei Gaius l. c. §. 29. bemerkt: ex omnibus autem istis causis (nehmlich wo dieſe

theiligten — die Vollstrecker des Befehls, und der, gegen den dieses geschieht, sich überzeugen, es sey hier nicht ein selbstständiger, für sich bestehender Wille, sondern die nothwendige Folge des früher rechtlich Ausgesprochenen, geltend gemacht. Denn so muß im Verhältniß zu dem Urtheile, wodurch die Sache wesentlich beendigt ist, die Vollziehung desselben, als die nothwendige Folge betrachtet werden. [39]) Mißbrauch kann vielleicht nicht ganz verhütet werden, aber wo er als solcher erkannt wird, unterliegt er der verdienten Ahndung. Schwieriger als beim Gerichtsdiener ist die Anwendung auf Untergebene im s. g. Administrativen, bei polizeilichen Unter-Bedienten und Polizei-Soldaten (Gensd'armerie), insbesondere aber im eigentlichen Militairstand, der wesentlich auf dem Princip eines strengen wörtlichen Befolgens ertheilter Befehle und dem Aufgeben subjektiver Meinungen beruht. Der Nachrichter, der ein Todes-Urtheil zu vollstrecken hat, wird mit dem Urtheil selbst durch die Behörde bekannt gemacht, und erst hiernach auf seine Instruktion verwiesen — aber dieß wird mit Recht bei einer so wichtigen Handlung nicht für hinreichend erachtet, in der Regel ist es vorgeschrieben, daß der ihm ertheilte Befehl, durch Vorzeigung des das Todesurtheil bestätigenden landesherrlichen Rescripts gerechtfertigt werde, so daß der Befehl allein nicht einmal die Wirkung haben darf,

---

Pfändung statt hatte) certis verbis pignus capiebatur. Man schreibt oft zu sehr den Römern eine bloße Liebhaberei zum Formellen zu, und übersieht den tiefern Sinn, der in solchem Formellen liegt, und der selbst etwas Wesentliches ist. Vgl. noch A. L. R. Th. I. Tit. 6. §. 47. „Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten, ohne Einschränkung, zu befolgen verpflichtet ist, von dem kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Obern prüfe." Code pénal Art. 327. Baier. Strafgesetzbuch Th. I. Art. 122.

39) Mein Criminal-Prozeß P. XXI.

ihn in Thätigkeit zu verſetzen. 40) Aber dieß geſchieht nicht mit der Mannſchaft, welche zu einer militairiſchen Exekution (dem Erſchießen) kommandirt wird — und vielleicht iſt dieſes der einzige Fall, wo ein unmittelbar verbindlicher Befehl zu einer Tödtung mit der Wirkung völliger Straſloſigkeit ertheilt werden kann. Mittelbar iſt es anders, rückſichtlich des die Exekution dirigirenden Befehlshabers. Wir gedenken dabei der auch hier vorkommenden ſichernden Formen, der Oeffentlichkeit des Aktes ꝛc., und laſſen mögliche Mißbräuche in Kriegszeiten, als einer andern Seite der Betrachtung angehörig, hier bei Seite.

Praktiſche Reſultate.

§. 15.

Nach dieſer Betrachtung wird es nun leicht ſeyn, die wenigen Fälle nahmhaft zu machen, in denen höherem Befehle zu Folge eine Tödtung rechtlich vollzogen werden, oder was damit zuſammenfällt, in welchen ein rechtlich verbindender Befehl hiezu ertheilt werden darf. Nicht irgend eine Herrn-Gewalt, Familien-Gewalt, ſelbſt nicht allgemein das Verhältniß des Vorgeſetzten im öffentlichen Dienſte kann dieſen Befehl rechtfertigen, oder den Gehorchenden befreien, ſondern lediglich in zwei Verhältniſſen wird ſolcher Befehl zuläßig für den Gebieter, verbindlich für den Untergebenen, und der Begriff des Verbrechens entfernt für Beide. Und beide Verhältniſſe, unter ſich verſchieden, ja ſogar einander entgegengeſetzt, kommen wieder in dem charakteriſtiſchen Merkmale überein, daß ſie als Gehorſam gegen eine höhere Nothwendigkeit und Ordnung der Dinge erſcheinen. Wir unterſcheiden nehmlich ein Verhältniß der Gewalt, und eines des Rechts, beide Ausflüſſe des höhern ſittlichen Rechts des Staats.

40) Vgl. die Preuß. Crim. Ordnung. §. 547.

Oder

a) Das Verhältniß des Krieges, in welchem den aktiven Militairpersonen des Staats, gegen diejenigen des feindlichen Staates, die bis zur Vernichtung der Gegner ausgedehnte Befugniß und Verpflichtung feindseeligen Benehmens statt findet. — Die Rechtfertigung liegt in der höhern Nothwendigkeit und Befugniß des Staats zur Kriegführung, und die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Krieges, kann der bewaffneten Macht, als einem Theil der vollziehenden Gewalt im Staate, nicht zustehn, und sie sind als solche und als einzelne Individuen, für das auf diesem Wege vergossene Menschenblut außer Verantwortung. Aber selbst hier sind es theils völkerrechtliche Grundsätze, theils solche des jedem Staate eigenthümlichen militairischen Strafrechts, durch welche innerhalb des Verhältnisses äußerlich hervortretender Rechtlosigkeit und des Zustandes der Gewaltthätigkeit, sich das Recht geltend zu machen strebt, und wodurch die Möglichkeit des Friedens, als des Zweckes des Krieges, der nur vorübergehend seyn soll, begründet wird. So kann also selbst hier nicht allgemein und unbedingt, mit gültiger Wirkung, der Befehl zur Tödtung des Feindes gegeben, und diesem gehorcht werden.

b) Zufolge des Verhältnisses des Rechts kann der Befehl zu einer Tödtung, nur unter der Voraussetzung, daß dieser die nothwendige Vollstreckung eines rechtlich gefällten, und wo es verfassungsmäßig ist, höhern Orts bestätigten Todes-Urtheils bezwecke, auf gültige Weise ertheilt werden. Unter diesen Gesichtspunkt sind dann insbesondere zu subsumiren:

α. Für den Fall des durch eine bürgerliche Straf-Behörde zur Vollziehung zu bringenden Erkenntnisses diejenigen Personen, deren Amt ihnen diese Verpflichtung auferlegt, wodurch die Zulässigkeit

eines Befehls der Obrigkeit an ihre Diener in noch engere zweckmäßige Schranken gewieſen wird.

β. Für den Fall eines zu vollſtreckenden kriegs- oder ſtandrechtlichen Erkenntniſſes [41]) des militairiſchen Exekutions-Commando, ebenfalls dadurch ſelbſt mit beſondern Vorausſetzungen, welche alle andere Fälle des Befehls ausſchließen.

Für beide Fälle gilt nun noch die gemeinſchaftliche Bemerkung, daß durch die beſtimmten Formen, die, wie überhaupt die Formen des Verfahrens, nicht etwas blos Aeußerliches ſind, ſondern die tiefere Bedeutung haben, das Recht ſelbſt hervortreten zu laſſen, geſorgt wird, jeden Mißbrauch und Willkühr zu entfernen, und daß die Art und Weiſe der Lebens-Entziehung eine geſetzlich beſtimmte, im Urtheil ausgeſprochene, und auch dadurch die Willkühr eines Befehls beſeitigt iſt.

Alle andern Anwendungen, die man durch Folgerung aus einem in zu großer Abſtraktion aufgeſtellten Princip machen könnte, werden der Rechtfertigung entbehren, und wenn es zugeſtanden werden muß, daß ſich Fälle ereignen können, die in ihrer concreten Eigenthümlichkeit mildernde, vielleicht ſogar entſchuldigende Rückſichten darbieten mögen, ſo daß die ordentliche Strafe der Tödtung gegen die unmittelbaren Urheber derſelben ausgeſchloſſen bleiben müßte, ſo ſind ſie doch weder von der Art, daß ſie allgemein zu den ſtrafloſen gezählt werden dürfen, noch iſt es ſtets das ſtrengere Rechts-Gebiet, in welchem ſolche ausnahmsweiſe eintretende Entſchuldigungs-Gründe berückſichtigt werden dürfen. [42])

---

41) Vgl. z. B. das Strafgeſetzbuch für Baiern, Theil II. Art. 441 ꝛc. C. 13. Caus. XXIII. Qu. 5. Meine oben Note 2 b. angeführte Abhandlung.

42) In der „Skizze einer Biographie des Herzogs von York. Von dem Verfaſſer des Waverley. Aus dem Engliſchen. Stuttgardt. 1827.“ findet ſich

Andere besondere Fälle.

§. 16.

Es ist hier unter dem Gesichtspunkt des obrigkeitlichen Befehls noch eines möglichen Falles zu gedenken, dem seine Stelle im Systeme weder bei der Selbsthülfe, noch bei der als Nothwehr erlaubten Selbstvertheidigung angewiesen werden kann, wiewohl es sich faktisch so stellen kann, daß er zuweilen in Nothwehr übergeht. Wenn nehmlich ein obrigkeitlicher Diener zur Verhaftung eines Individuums befehligt ist, und den Ungehorsamen, der sich thätlich und auf gefährliche Weise widersetzt, in dem Bestreben seine Pflicht zu erfüllen, um sein Leben bringt. Derselbe Fall, den auch das positive Recht zu den straflosen rechnet, unter Voraussetzung, „daß darin ordentlicher Weise gehandelt wird“ [43]) kann sich auch, und sogar häufiger bei Militair-Personen zutragen, wo meist noch Ausdehnungen bis in das Gebiet der er-

---

folgende interessante Stelle, die ich um so lieber hierher setze, als man auch bei uns nicht selten die Aeußerung hört, die hier der Herzog treffend widerlegt. — „Wenn der Oberbefehlshaber,“ äußerte ein junger Offizier, „mir etwas befehlen sollte, das gegen die bürgerlichen Gesetze liefe, so würde ich keinen Augenblick Anstand nehmen, zu gehorchen, und mich durch das Gebot meines Obern von aller Verantwortlichkeit befreit betrachten.“ — „Ich aber nicht,“ entgegnete ihm ein älterer Offizier, „und eher würde ich mich der Gefahr aussetzen, von dem Befehlshaber erschossen, als wegen Uebertretung der Gesetze und Verletzung der Freiheit des Landes gehangen zu werden.“ Der Herzog billigte diesen Grundsatz mit den Worten: „Der Offizier, der anders handelte, würde beides, die Kugel und den Strick verdienen. Ich habe das Vertrauen, daß jeder brittische Offizier eben so wenig einem ungesetzlichen Befehl Folge leisten, als der Oberbefehlshaber im Stande seyn wird, einen solchen Befehl zu erlassen.“ Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 6. §. 46. Oesterreich. Gesetzb. über Verbrechen ꝛc. Th. I. §. 5.

43) P. G. O. Art. 150. vgl. mit 142.

laubten Selbsthülfe vorkommen, deren Grund in der eigenthümlichen Stellung des Militair-Standes in dem neueren Staaten-System zu suchen ist.

Bei dem Befehl ist dieser Fall deshalb zu erwähnen, weil die zur Verhaftnehmung beauftragte Gerichtsperson einen Theil der vollstreckenden Gewalt in concreto ausübt, die Grenzen dieser Gewalt, die sich gegen den Einzelnen nothwendig als mehr blos mechanische äußert, dadurch rechtlich bestimmt werden, daß gerade so viel angewendet werde, als unumgänglich nothwendig ist, um die entgegenstrebende, widerrechtliche Gewalt und Widersetzung zu überwältigen. Auch hier wird daher an und für sich die Anwendung des äußersten Mittels, wodurch zugleich die Erreichung des Zweckes vereitelt wird, nicht straflos seyn, und Alles auf die nähere Beschaffenheit des besondern Falles ankommen. Es wird oftmals möglich seyn, auf anderem Wege, (z. B. durch Herbeiholung einer Verstärkung, durch Abwartung eines günstigern Zeitpunktes, wo die Wuth oder Unbesonnenheit des Widerspenstigen einer bessern Gesinnung Platz gemacht hat) den Zweck zu erreichen — aber oft ist auch dieses nicht möglich, und dann darf und muß sich die rechtliche Gewalt im Kampfe mit der ungerechten, der sie nicht weichen soll, auch des letzten Mittels bedienen, und hat ihre Rechtfertigung in sich. Die Allgemeinheit dieses Princips macht es nothwendig, nicht erst in dem positiven Theile davon zu sprechen, wo der Fall, wie ihn die Peinl. Ger. Ordnung Art. 150. aufstellt, nach dem Vorgange älterer Rechte, gleichfalls erwähnt werden muß. Zur Selbsthülfe kann er nicht gerechnet werden, weil der obrigkeitliche Diener, nicht in seinem subjektiven Interesse, sondern in dem objektiven des Staats und seiner Berufspflicht handelt, er auch für seine Person außer aller Beziehung zu dem Andern steht, die eine Selbsthülfe, wenn sie bis zur Tödtung des Gegners gehen dürfte, was nur zufolge ganz specieller Ausnahmen der Fall seyn kann, rechtfertigen könnte. Zur Nothwehr im Allgemeinen deshalb nicht, weil der Handelnde, nicht der Angegriffene, son-

dern der rechtlich angreifende Theil ist. Aber, wie gesagt, faktisch kann hier das Verhältniß der Nothwehr begründet werden, indem der zu Verhaftende nicht blos vertheidigend, sondern angreifend und verletzend zu Werke geht, und es wird dann nicht möglich, in der Individualität des sich dagegen vertheidigenden Amtsdieners, die öffentliche Person, die er vorstellt, und das Individuum, ohne diesen Charakter zu trennen. Mag er sich in letzterer Eigenschaft als Mensch wehren, so hat er durch erstern seine Rechtfertigung dafür, daß er überhaupt in diesen Nothstand versetzt wurde. Daß aber im umgekehrten Falle, wenn der Widersetzliche den Gerichtsdiener tödtet, diesem die Berufung auf Nothwehr nicht zu Statten kommen könne, bedarf keiner Erörterung. [44])

Endlich ist noch analog diesem Falle, jedoch in größerer Ausdehnung durch das höhere Gebot gerechtfertigt, derjenige zu bemerken, wo der Flüchtling, sey es auf dem Transport oder aus der Haft, durch die hiezu instruirte Wache, körperlich verletzt, oder selbst getödtet wird. Das militairische Verhältniß und der Krieg bewirken hier noch eigenthümliche Erweiterungen, sonst ist die Beschränkung als Regel anzunehmen, daß nur überhaupt die weitere Flucht unmöglich gemacht werden soll, aber nicht sofort die Tödtung gestattet wird. Uebrigens ist hier, wie in andern der bisher geprüften Fälle, ein wichtiger Unterschied, ob man behauptet, die Tödtung sey erlaubt, oder ob sich erst in der Folge Rücksichten ergeben, wonach bei der Beurtheilung der als unerlaubt anerkannten Handlung, ein dem Angeschuldigten günstiges Urtheil ausgesprochen werden muß.

---

44) Einen interessanten Rechtsfall dieser Art findet man in Hitzigs Zeitschrift für die Preußische Criminal-Rechtspflege, 4. Hft. S. 265 ꝛc. Daß die alten einheimischen Rechte zum Theil andere Grundsätze aufstellen, wird unten gezeigt werden.

III. Eintreten eines Nothſtandes.

1) Von der Nothwehr.

§. 17.

Faſſen wir nun noch zum Beſchluße dieſer allgemeinen Betrachtung den Nothſtand ins Auge. Die Bezeichnung deſſelben als eines Naturſtandes, oder eines ſolchen, wo Gewalt für Recht gilt, iſt theils unrichtig, theils mindeſtens zweideutig. Eben ſo kann die Behauptung, daß in einem ſolchen das Strafgeſetz ſeine, auf Abhaltung berechnete Wirkung verfehlen müſſe, und deshalb Strafloſigkeit des Angriffs gegen fremde Perſönlichkeit oder deren Rechte eintreten müſſe, von denen, welche überhaupt, dieſe oder andere ſ. g. relative Strafrechts-Theorieen nicht zu rechtfertigen vermögen, nicht zugegeben werden, und auf jeden Fall betrifft dieſelbe eine Folge, nicht den Grund. Es kommt vielmehr darauf an, ob überhaupt ein Nothſtand ſelbſt ein Recht in Anſpruch nehmen könne, folglich die Verletzung, die in demſelben verübt wird, nicht blos vor dem Richter Verzeihung finde, ſondern ſelbſt eine höhere Rechtfertigung habe, wodurch ſie auch von Rechtswegen nicht als Verbrechen betrachtet werden dürfe. Die hier ſtatt findende Verſchiedenheit der Anſichten bezieht ſich nicht ſowohl auf das Reſultat, in welchem Rechts-Philoſophen und Juriſten ziemlich übereinſtimmen, als auf die Gründe und die Art des Beweiſes: die Sache ſelbſt, daß nehmlich der wirkliche Nothſtand, in den ſeltenen Fällen, wo er eintritt, dem gewöhnlichen regelmäßigen Rechtsſtand entgegengeſetzt ſey, und daß er ſich nicht aus dem Geſichtspunkt des letztern beurtheilen laſſe, iſt allgemein, und auch ſelbſt in ältern und neuern Geſetzgebungen anerkannt — aber es iſt die Aufgabe der Philoſophie, die Principien aufzuſuchen, nicht um hier ein anderes, von dem, was beſteht, abweichendes Ergebniß abzuleiten, ſondern um das Geltende zu begreifen, oder die Vernunftmäßigkeit deſſelben zu zeigen.

Um den Nothstand in seiner wahren Bedeutung aufzufassen, ist zunächst die Stelle zu bezeichnen, auf welcher er sich äußert. Nimmt man das Recht gleichbedeutend, wie es hier gerade am häufigsten geschieht, mit Berechtigung, so lassen sich zwar Collisionen denken, aber diese begründen nicht das, was den Nothstand und das s. g. Nothrecht charakterisirt. Denn entweder ist dann eben durch das in diesem Gebiete herrschende Recht der Weg der Ausgleichung, der Grund des Vorzugs des einen vor dem Andern bereits bestimmt, und dann muß diesem Gesetz gehorcht werden, oder wenn diese Bestimmung fehlt, folglich das Recht auf jeder Seite gleich wäre, so würde sich auch kein innerer Grund nachweisen lassen, der es rechtfertigte, daß die eine Berechtigung vor der andern, einen überwiegenden Anspruch, oder eine absolute Macht hätte, sich auf Kosten der Andern geltend zu machen, und es müßten also äußere Rücksichten als Hülfsmittel der Ausgleichung gesucht werden. Dergleichen hat man, wie auch das positive Recht anerkennt, in dem Moment der Zeit (prior tempore, potior jure) der Gewalt, den zu dem Recht hinzutretenden Verhältnissen gefunden, wovon die wichtigsten Anwendungen bei dem Besitze im Verhältnisse zum Eigenthum, den Interdikten, den die Vindikation vorbereitenden Handlungen u. s. w. vorkommen.[45]) Zur Begegnung von Mißverständnissen möge hier gleich die Bemerkung stehen, daß durch Hervorhebung der einen, für unsere Untersuchung besondees wichtigen Seite, andere, nicht minder wesentliche, und für einen andern Gesichtspunkt möglicherweise noch bedeutendere, nicht geleugnet werden sollen. Indem auf diesem Standpunkte der Collision ein Recht, ohne einen Grund, durch ein anderes, an sich nicht größeres, nach äußern Rücksichten zurückgesetzt wird, hat man das Nothrecht als ein Recht in der Noth Unrecht zu thun, definirt, aber dagegen mit gutem Grund (ich würde sagen mit Recht,

45) von Savigny das Recht des Besitzes §. 2. 2c. 34 2c.

wenn nicht der Gebrauch deſſelben Worts in demſelben Satze mit verſchiedenen Bedeutungen möglichſt vermieden werden müßte) bemerkt, daß es ein ſolches Recht nicht geben könne.[46])

Dieſe Schwierigkeit hebt ſich auf, und es verſchwindet das ſcheinbar Willkührliche und der innern Nothwendigkeit Entbehrende, oder, mit andern Worten, an die Stelle des äußerlichen Grundes tritt das Recht ſelbſt, wenn man letzteres in dem andern, ihm eigenthümlichen Sinne auffaßt, wonach es als eine Reihefolge von auseinander hervorgehenden Syſtemen erſcheint, davon jedes höhere, gegenüber dem untergeordneten, einen ſelbſtſtändigen abſoluten Anſpruch auf Geltung hat, aber wiederum im Verhältniß zu einem höchſten, im Colliſionsfalle dieſem nachſtehen muß, und in ſofern unberechtigt iſt. Zwar der Engherzigkeit des Egoismus will dieſe in der Wirklichkeit, im Staate und der Praxis anerkannte Wahrheit nicht einleuchten, und indem das Privat-Intereſſe des Einzelnen, ſich zum höchſten Geſetz zu machen ſtrebt, beſchwert es ſich über die Forderungen des öffentlichen Rechts, die es für Anmaßungen auszugeben geneigt iſt, ſobald es nicht blos ſchützend erſcheint, ſondern theils eben darum, theils ſeiner höhern Berechtigung willen, irgend eine Aufopferung und Selbſtverleugnung in Anſpruch nimmt. So dachten die alten Völker nicht, deren geiſtige Erzeugniſſe, unter andern auch im Gebiet der Rechtswiſſenſchaft noch jetzt unſere Muſter ſind, — ihnen war der Staat, die Allgemeinheit, das anerkannte Höhere; aber wir, die wir noch die höhere Sphäre des Chriſtenthums haben, ſind noch nicht überall ſo weit, in dem nur ſcheinbaren Opfer unſere Freiheit zu finden, ſondern betrachten es häufig als eine, durch blos äußere Nothwendigkeit herbeigeführte Beſchränkung. Aber die Wahrheit iſt an ſich unabhängig davon, ob ſie mehr oder minder allgemein erkannt wird; vielmehr iſt es ihr Schickſal, lange Zeit und oft verkannt zu werden, und nur allmählig ſich geltend zu machen. Auf obiges Princip

47) von Grolmans Lehrbuch des Naturrechts §. 39. 40.

iſt nun zurückzuführen, daß der Staat mit ſeinem Recht (und dieß iſt zuſammenfallend mit ſeiner Exiſtenz) das Privatrecht und Privatberechtigungen beherrſcht, daß er Leben und Vermögen ſeiner Bürger (die er ſchützt, ohne daß er deshalb Mittel für jene als Zweck ſeyn dürfte) nöthigenfalls in Anſpruch nimmt, indem er der Zweck iſt, dem jene dienen. Auf dieſem Geſichtspunkte rechtfertigt ſich das Opfer für das Vaterland, der Krieg, der hier ſeine Bedeutung erhält, und auch bei der Frage über die Zuläßigkeit der Todesſtrafe iſt derſelbe nicht unberückſichtigt zu laſſen. So auch die Perſönlichkeit in ihrem ganzen Umfang, das Leben und individuelle Wohl hat gegenüber der Sphäre des Rechts, in der unmittelbaren Exiſtenz, eine höhere Berechtigung, die ſich, wenn die Exiſtenz ſelbſt zur Sprache kommt, weil ſie gefährdet iſt, gegen jene geltend machen darf, und muß. Wenn man jedoch mit Verkennung der weſentlichen Unterſchiede des juriſtiſchen und des ſittlichen Rechts, alle Verhältniſſe unter den Geſichtspunkt des erſtern, insbeſondere der Willkühr und des Vertrags ſtellt, und letztern, der eine Folge des Rechts iſt, zur Quelle deſſelben macht, ſo kommt man freilich über etwanige Colliſion nur durch äußere Rückſichten und Gewalt hinaus. So iſt hingegen das Verhältniß dieſes gedoppelte: einmal, daß jene Verhältniſſe, verſchiedenen Stufen angehörig, ruhig in der Regel neben einander beſtehen, indem die höhere, namentlich der Staat, die andern umfaſſen, und dieſe ihr Recht erſt in ihr wirklich haben und zur Anerkennung bringen, dann aber daß, wo das Höhere und Allgemeinere das Opfer eines untergeordneten fordert, hier im eigentlichen Sinne gar keine Colliſion, und kein Nothverhältniß obwaltet, weil die abſolute Geltung und Macht des einen, dem andern gegenüber ſchon im Voraus nothwendig entſchieden iſt. Für unſere Unterſuchung über die Strafloſigkeit der Entziehung von Menſchenleben kann hiervon kein weiterer Gebrauch gemacht werden; denn die Fälle, in welchen der Staat auf ſolche Weiſe ein Menſchenleben in Anſpruch nimmt, ſtehen außer dem Gebiet einer Beurtheilung nach Criminal-

Recht, und ſind vielmehr zugleich mit dem Staat die Vorausſetzung deſſelben. Andere Anwendungen aber gehören nicht zur Lehre von Tödtungen, z. B. die, daß zur Rettung des Lebens, als der Bedingung der Rechtsfähigkeit überhaupt, das beſchränkte Recht Anderer, als Eigenthum nachſtehen muß, wobei doch die Rechtsfähigkeit außer dieſer Beſchränkung anerkannt bleibt (Diebſtahl in rechter Hungersnoth an eßbaren Gegenſtänden [47]), anderer Fälle nicht zu gedenken. Es dient jedoch die genauere Sonderung der Principien zum beſſern Verſtändniß des Folgenden.

Die Nothwehr iſt allerdings auch durch die Vorausſetzung des Nothſtandes gerechtfertigt, in welchem ſich der ohne ſeine Schuld befindet, welcher ſich derſelben bedienen muß. Aber die herbeigeführte Colliſion iſt eine wirkliche, und anderer Art, als die eben betrachtete, ſie findet in demſelben Gebiet des Rechts ſtatt, und die Nothwendigkeit, die ſich hier aufdringt, iſt nicht, wie dort, eine innere gerechte, die den Sieg davon tragen muß, ſondern eine äußerliche, willkührliche, — der widerrechtliche Angriff ein ungerechter Zwang, dem entgegengewirkt werden darf, während dort der Gehorſam gefordert wird. Die Grundſätze über die Zuläßigkeit, den Umfang und die Grenze der Nothwehr, ſo fern ſie gerecht ſeyn ſoll, bedürfen hier keiner weitern Auseinanderſetzung. Daß in dem widerrechtlichen Bemächtigen eines fremden Gegenſtandes, und in ſonſtiger Weiſe von Rechts-Verletzungen, auch ein Angriff mittelbar gegen die freie Perſönlichkeit enthalten ſeyn kann, der dieſe berechtigt, ſich zu vertheidigen, iſt unbeſtritten.

Um ſo weniger kann es Bedenken unterliegen, daß der unmittelbare Angriff auf die Perſönlichkeit, Leben, Integrität, Freiheit ꝛc. (was man meiſt, aber wie bereits früher

---

47) P. G. O. Art. 166. Ob man dem Begriff nicht Gewalt anthue, wenn man nur Stehlen eßbarer Gegenſtände in mehrer Hungersnoth hier rechnet, weil dieſes allein das Geſetz ſagt, iſt hier nicht weiter zu unterſuchen.

länger verweilt, weil die Nothwehr, wie sich später zeigen wird, mit geringen Ausnahmen das einzige Princip ist, nach wel-

---

Strafe verboten ist, sey nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen — noch die Beschaffenheit des Endzweckes oder Beweggrundes, um dessentwillen der Entschluß zum Verbrechen gefaßt worden, den rechtswidrigen Vorsatz aus." Vgl. I. Epistel an die Römer III. v. 8.

Näher betrachtet findet sich aber diese durch den Irrthum oder die subjektive Vorstellung des Handelnden herbeigeführte und als wirklich gedachte Collision, gar nicht gegründet, und so wie in unsern Staaten die Gesetzgebung die Beziehung auf das Religiöse nicht verleugnet, und nichts der Religion und Sittlichkeit Widerstreitendes fordert, so macht ihrerseits die Religion dem Einzelnen, durch ihre eigenen Grundsätze und von einem selbstständigen Standpunkte aus, die Beobachtung der Gesetze, und den Gehorsam gegen die von Gott verordnete Obrigkeit zur Pflicht. Mein System der Crim. R. W. §. 502. Not. 135. P. 272 ꝛc. Es würde hierüber an diesem Orte keiner weitern Bemerkung bedürfen, wenn nicht einzelne, zum Glück seltene Erscheinungen, darauf aufmerksam gemacht hätten, daß in einer andern Form die subjektive, dem Recht widerstrebende Maxime, es versuche, sich zum Princip zu erheben, und näher in der Gestalt der Heuchelei, für Andere, in der des Probalismus für sich selbst, die widerrechtliche Handlung, als eine gerechte, erlaubte, darzustellen bestrebe. Der Unterschied von dem eben erwähnten Falle des Irrthums und der befangenen Ansicht liegt darin, daß hier nicht das Recht, als einem höhern Gebiet untergeordnet, betrachtet, und diesem nachgesetzt wird, sondern daß dem Unrecht selbst, durch die Bemühung einen guten Grund aufzufinden, der Schein des Rechts beigelegt wird. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts, S. 140 ꝛc. Wie verwerflich auch dieses sey, und wie sehr dieses auch wohl in der theologischen Moral der verschiedenen christlichen Bekenntnisse erkannt wird, so findet man doch noch jetzt nicht nur in gangbaren Büchern, sondern auch im Leben solche gefährliche Grundsätze, und darum soll unsere Betrachtung auch nach dieser Seite hin möglichst vollständig seyn. Die verschiedenen Beispiele beziehn sich meist auf die angeblich erlaubten Tödtungen, und stehen daher mit dem Gegenstande unserer Untersuchung in einem unmittelbaren praktischen Interesse. Das berühmteste neuere ist in einer trefflichen Dar-

chen im heutigen Recht eine Tödtung entſchuldigt werden kann.

ſtellung von Feuerbach zu leſen in Hitzig's Annalen. 3tes Hft. P. I. n. (jetzt auch in Feuerbach's Darſtellung merkwürdiger Verbrechen. Th. II. N. 2.) Der Mörder einer Frauensperſon, mit der er in unerlaubtem Umgang gelebt hatte, ein katholiſcher Geiſtlicher, hatte ſich mittelſt eines ſ. g. dictamen practicum nach den Grundſätzen des in Stattler Ethica Christiana aufgeſtellten Syſtems des Probabilismus, Mühe gegeben, ſeine beabſichtigte That unter den Geſichtspunkt gerechter Nothwehr zu ſtellen, die gegen den angewendet werden dürfe, welcher Schlechtes von Jemand weiß, und durch Kundmachung dem guten Ruf, deſſen dieſer bisher genoß, und ferner bedarf, ſchaden könnte! Dieſe Selbſtüberredung auf den Grund einer sententia probabilis, oder vielmehr Heuchelei in der religiöſen Geſinnung ging ſo weit, daß er die mit kaltblütiger Bosheit tödtlich verletzte Perſon zur Beichte und Rettung ihrer Seele auffordern konnte. Solche Grundſätze werden, ohnerachtet die Kirche und ihre Autorität ſie verworfen haben, dennoch gelehrt; allenfalls als Caſuiſtik und für den Beichtſtuhl, und auch wohl befolgt, zumal in Fällen die minder ſchwer und ins Auge fallend ſind, als Mordthaten. So ſoll es nach §. 1894. jener chriſtlichen Moral erlaubt ſeyn, eine Verleumdung durch Gegenverleumdung und falſche Anklagen unſchädlich zu machen: Licet certam gravem calumniam quae nullo alio remedio, hoc uno autem certo et efficaciter, depelli potest, enervare — imponendo calumniatori falsum crimen praecise tale, nec maius quam necesse sit, et sufficiat ad elidendam calumniatoris auctoritatem et fidem, et famam propriam defendendam. Feuerbach l. c. Pag. 47. Not. * fährt weiter aus dem genannten Buche an, wie nach §. 1893. der heimliche Mord ein erlaubtes Mittel ſeyn ſoll, denjenigen durch Anwendung der Grundſätze der Nothwehr und eigner Sicherung gegen Gefahr, zu prävenieren, deſſen heimlichen Angriffen auf die Ehre man durch kein anderes Mittel begegnen kann; jedoch nur dann: si non ipsa occisione injusti calumniatoris tantundem periculi infamiae incurramus, quantum vitare declinatione calumniae intendimus. Der Grund die

2) Andere Fälle des Nothstandes.

§. 18.

Jedoch ist unter dem Gesichtspunkt des Nothstandes noch eine andere, sehr bestrittene und in neuester Zeit wiederholt zur Sprache gebrachte Frage zu berühren.

---

ser durch Klugheit gebotenen Beschränkung ist: „si tantundem periculi nobis ex occisione calumniatoris immineat, profecto utile remedium occisio esse non potest, ac proinde nec licitum.“ Der Gedankengang bei der Rechtfertigung der Nothwehr ist gleichfalls merkwürdig durch die (ironische) Rücksicht auf das geistige Wohl Andrer. „Ich hatte“ (so sagt der Verbrecher P. 55.) „keine andere Absicht, als den öffentlichen Skandal zu verhüten, den vielen Sünden und Uebeln vorzubeugen, welche aus dem Aergernisse des Volkes hätten entstehen müssen, die Achtung gegen meinen ehrwürdigen Stand, die Ehre des Klerus aufrecht zu erhalten. Hätte ich bei dem Volk nicht in so hohem Ansehen gestanden, so hätte ich mir eine Diffamation eher gefallen lassen können. So aber konnte ich voraus sehen, daß die Entdeckung meiner Gebrechen eine Menge Uebel zur Folge haben werde. Nun würden sich die Menschen mancherlei Sünden erlaubt, Manche würden nicht mehr an Gott geglaubt, Andere dieses und jenes nicht mehr für so hoch und heilig geachtet haben. Da ich nun diese meine Absicht auf keine andere Weise, als durch Hinwegräumung der Eichstädter (so hieß die Unglückliche, die sein schlechtes Benehmen anzeigen wollte) zu erreichen wußte, so räumte ich sie hinweg; diese Hinwegräumung war nur das Mittel zur Erreichung meines guten Entzweckes. Ich kann daher unmöglich glauben, daß meine Absicht „(— aber das Mittel ihrer Erreichung, welches hier kein bloßes Mittel mehr ist)“ ein Verbrechen sey, indem ich nur meinen öffentlichen Kredit, so wie die Achtung des Klerus zu erhalten, und das öffentliche Skandal zu vermeiden suchte.“ Aus demselben Grund leugnete er vier Jahre lang, „bis er es als eine Bestimmung Gottes einsehen gelernt, daß seine That durch ihn selbst entdeckt werden sollte.“ —

Mehr über diese Lehre des Probabilismus findet man unter andern in folgenden Schriften: Antonini Diana Practicae Resolutiones lectissimorum ca-

Es iſt nicht ſelten der Fall, daß zur Rettung des Lebens einer Mutter, welche entbunden werden muß, die Tödtung

---

suum. Antverpiae MDCLX. besonders sub voce Homicidium. VI. „Quamvis minantem mortem non liceat occidere, potes tamen praevenire qui te decrevit interficere, quando aliter non evades, aut mortem, aut grave eius periculum. Ideoque et horum praeoccupare qui per famulum, vel sicarium conatur occidere: imo et qui per Judicem media accusatione, aut falso testimonio. Item et maritum quem uxor scit venenum aut gladium parasse. In praxi tamen haec difficulter locum habere possunt, ob periculum aburus, et incommoda quae inde nata sunt etc.“ — Thomae Tamburini Explicatio decalogi. Venetiis MDCLXXXIX. Lib. VI. Cap. I. §. I — III. Im Anhange zum zweiten Theile ſind die propositiones damnatae durch Alexander VII. u. Innocenz XI. angegeben, und daſelbſt unter dem 24. Septbr. 1665. die folgende: Est licitum Religioso vel clerico calumniatorem gravia crimina de se, vel de sua Religione spargere minantem, occidere, quando alius modus defendendi non suppetit, uti suppetere non videtur, si calumniator sit paratus, vel ipsi Religioso, vel ejus Religioni publice et coram gravissimis viris praedicta impingere nisi occidatur. Auf die Wiederholung ſolcher Lehren ſoll Excommunication ipso facto eintreten, von welcher nur der Pabſt abſolviren kann. Dennoch mußte am 2ten März 1679. unter Innocenz XI. nochmals unter andern der Satz verdammt werden: „Fas est viro honorato occidere invasorem, qui nititur calumniam inferre, si aliter haec ignominia vitari nequit.“ Damit ſolche Lehren nicht weiter verbreitet würden, ſollte ſtrenge Cenſur der Schriften ꝛc. gehandhabt werden. Dennoch iſt jenes Scotiſtiſche Werk cum permissu Superiorum ſpäter gedruckt worden. — Theologia moralis ex probatis Auctoribus concinnata a R. P. Busenbaum aucta a. R. P. Claudio la Croix. Col. Agripp. 1707. Tom. II.

des Kindes im Mutterleibe, das einzige Mittel nach dem Urtheile des Sachverständigen ist, und daher von dem Geburtshelfer durch Perforation bewirkt wird.[49]) Dadurch wird die nothwendige Entbindung, aber durch Aufopferung eines Menschenlebens, vollbracht. Die Frage, wann dieses äußerste Mittel zu ergreifen sey, kann Niemand, außer dem Kunstverständigen, beantworten, und im später vorkommenden Falle eines Zweifels an der Richtigkeit seiner Entscheidung wird es begreiflicherweise nicht an Auswegen fehlen, welche eine richterliche Untersuchung vergeblich machen müssen. Unter Voraussetzung, daß ein ordentlicher, zu diesem Theil der Praxis bestellter Arzt gehandelt habe — denn außerdem tritt ein ganz anderer rechtlicher Gesichtspunkt ein — wird daher zweckmäßig nicht nur die Entscheidung der kritischen Frage im concreten Falle lediglich dem Ermessen des Geburtshelfers überlassen, sondern es wird auch nicht für passend erachtet, daß ein Gericht jenen, in Fällen, wo solches geschehen, zur Rechenschaft ziehe, um zu entscheiden, ob eine straflose Tödtung, oder das Gegentheil, vorhanden gewesen sey? Es kommt aber der Rechtswissenschaft zu, das allgemeine Princip anzugeben, nach welchem eine solche Handlung statt finden dürfe, weil sie doch eine Ausnahme von dem

---

Lib. III. Pars I. de Homicidio. Vgl. ebenda de Juramento. Dubium VI. „An in juramento uti licet aequivocatione.“

49) Salchow Lehrbuch des Strafrechts. Dritte Auflage. §. 175. Mot. * Mittermaier: Ueber die Grenzen und Bedingungen der Straflosigkeit der Perforation. Im neuen Archiv des Crim. R. Bd. VIII. St. 4. P. 696. ꝛc. woselbst sich auch die Literatur dieser Lehre findet. Damit ist zu verbinden: Die Abhandlung eines Ungenannten in demselben Archiv. Bd. I. St. 4. P. 513. In wie fern unterliegen Fehler in der ärztlichen Behandlung einer criminellen Untersuchung? A. Telting Disp. de juribus nondum natorum. Groen. 1826. und die Anzeige im neuen Archiv. Bd. IX. St. 1. P. 176.

Es ist nicht selten der Fall, daß zur Rettung des Lebens einer Mutter, welche entbunden werden muß, die Tödtung

---

suum. Antverpiae MDCLIX. besonders sub voce Homicidium. VI. „Quamvis minantem mortem non liceat occidere, potes tamen praevenire qui te decrevit interficere, quando aliter non evades, aut mortem, aut grave eius periculum. Ideoque et horum praeoccupare qui per famulum, vel sicarium conentur occidere: imo et qui per Iudicem media accusatione, aut falso testimonio. Item et maritum quem uxor scit venenum aut gladium parasse. In praxi tamen haec difficulter locum habere possunt, ob periculum abusus, et incommoda quae inde nata sunt etc.“ — Thomae Tamburini Explicatio decalogi. Venetiis MDCLXXXIX. Lib. VI. Cap. I. §. I — III. Im Anhange zum zweiten Theile sind die propositiones damnatae durch Alexander VII. u. Innocenz XI. angegeben, und daselbst unter dem 24. Septbr. 1665. die folgende: Est licitum Religioso vel clerico calumniatorem gravia crimina de se, vel de sua Religione spargere minantem, occidere, quando alius modus defendendi non suppetit, uti suppetere non videtur, si calumniator sit paratus, vel ipsi Religioso, vel ejus Religioni publice et coram gravissimis viris praedicta impingere nisi occidatur. Auf die Wiederholung solcher Lehren soll Excommunication ipso facto eingetreten, von welcher nur der Pabst absolviren kann. Dennoch mußte am 2ten März 1679. unter Innocenz XI. nochmals unter andern der Satz verdammt werden: „Fas est viro honorato occidere invasorem, qui nititur calumniam inferre, si aliter haec ignominia vitari nequit.“ Damit solche Lehren nicht weiter verbreitet würden, sollte strenge Censur der Schriften ꝛc. gehandhabt werden. Dennoch ist jenes Staatlerische Werk cum permissu Superiorum später gedruckt worden. — Theologia moralis ex probatis Auctoribus concinnata a R. P. Busenbaum aucta a. R. P. Claudio la Croix. Col. Agripp. 1707. Tom. II.

wendig in kurzer Zeit den natürlichen Tod des Kindes, das nicht geboren werden kann, ohne die Mutter zu retten. Die Perforation begründet nun wenigstens in der Regel die Rettung eines Menschenlebens, als deren einziges Mittel nun die Aufopferung eines andern erkannt worden ist. [50]) Man kann daher statt zu fragen, ob dieses eine Leben geopfert werden dürfe, die Frage auch so stellen: ob bei der vorauszusehenden Unmöglichkeit Beide zu retten, bei der Gewißheit, daß ohne thätiges Einschreiten, beide zu Grunde gehn müssen, es nicht vielmehr Pflicht sey, wenigstens das eine, und zwar dasjenige zu erhalten zu suchen, rücksichtlich dessen allein nach der Erfahrung und der ärztlichen Kunst, (so weit hier etwas mit Sicherheit überhaupt behauptet werden kann, da nicht alle Operationen, auch wenn sie unter allen gehörigen Bedingungen vorgenommen würden, zugleich die Gewähr eines glücklichen Erfolgs in sich haben können) sich ein Gelingen versprechen läßt? Und offenbar muß, wie es stets unbefangene Beurtheiler unter den Rechtsgelehrten und Aerzten, selbst Gesetze angenommen haben, diese letzte Frage bejahet, so wie die umgekehrte Frage, ob solche Tödtung des Kindes strafbar sey, verneint werden. Man hat sie unter Voraussetzung der Strafbarkeit sogar Mord genannt, nach der Prämisse nicht mit Unrecht, weil allerdings dessen, und nicht des s. g. Todtschlages (hier nicht mehr ein auffallender Ausdruck, als für eine Menge anderer unter diesen Begriff fallender Anwendungen übrige Merkmale vorhanden sind, — aber diese Voraussetzung ist es gerade, die geläugnet werden muß. Faßt man aber die Sache so auf, wie sie ist, so braucht

50) Diesen Gesichtspunkt nimmt auch der Entwurf des Strafgesetzbuchs für Sachsen auf, der einzige der überhaupt den fraglichen Fall ausdrücklich hervorhebt. Zu den strafbaren Handlungen wird Th. I. Art. 194. dieser Fall gerechnet: Die Tödtung eines Kindes während der Geburt, ohne welche die Mutter von demselben nicht entbunden und bei dem Leben erhalten werden konnte, ist kein Verbrechen.

nothwendigen Verbot der Tödtung macht, damit zugleich für ſämmtliche Betheiligte die nothwendige Beruhigung nicht fehle. Und dieſes iſt auch die Seite welche ſich auf den Gegenſtand unſerer Unterſuchung bezieht. Dabei kann man nun weder von einem Rechte des Arztes über Leben und Tod ſprechen, denn er hat weder dieſes, noch die freie Wahl, ob er im Colliſionsfall Mutter oder Kind opfern wolle, noch läßt ſich der Geſichtspunkt der Nothwehr aufſtellen, da deren Vorausſetzungen, ein widerrechtlicher Angriff, fehlen. Aber ein wahrer Nothſtand iſt hier vorhanden, ein durch Naturverhältniſſe herbeigeführter Kampf um die Exiſtenz, und wenn auch nicht behauptet werden kann, daß hier das Kind geopfert werden müſſe — als wenn dieſes weniger Recht hätte, und nicht auch, ſelbſt als nascturus unter dem Schutz des Geſetzes ſtünde — (man könnte z. B. nach der Anſicht des ältern Römiſchen Rechts über das Verhältniß des Mannes, in deſſen manus die Ehefrau ſich befindet, allenfalls, ſo fern er wollte, das Entgegengeſetzte vertheidigen) — aber, wenn die Mutter auf ſolche Weiſe durch das äußerſte traurige Mittel der Tödtung des Kindes gerettet iſt, ſo kann man auch nicht anders als in Anerkennung des Nothfalles und Nothſtandes — das Geſchehene gut heißen, und weder der Mutter ſelbſt, noch dem Arzte einen Vorwurf machen, weil begreiflicherweiſe darüber, daß ſie nicht ſich ſelbſt zum Opfer bringen wollte, oder falls ſie gar nicht in dem Zuſtande des Bewußtſeyns ſich befand, um eine Entſcheidung zu erkennen zu geben, gegen den Geburtshelfer, der es nicht wagt, ſie als das nothwendige Opfer zu beſtimmen, die Sträflichkeit nicht veranlaßt und befugt ſeyn kann, ſich reagirend mittelſt Strafe zu äußern. Denn der Fall ſteht ſo: Zur Operation des Kaiſerſchnittes, der ohnedem nicht ſtets zuläßig und indicirt iſt, wo die Unmöglichkeit einer natürlichen Entbindung eintritt, kann die Mutter nicht rechtlich genöthigt werden, und ſelbſt dieſe ſichert nicht das Leben des Kindes allgemein, während das der Mutter in der Regel als aufgegeben zu betrachten iſt. Eine gänzliche Unthätigkeit bewirkt noth-

positiven Rechts, nach seinem praktischen Standpunkte wird auf ein gleiches Resultat führen. Zwar eine geschichtliche Prüfung wird lehren, daß bei allen Völkern, und auch bei unsern Stämmen in früherer Zeit allerdings weit mehrere Fälle erlaubter Tödtungen vorkamen, allein sie werden im Verlaufe der Zeit ihrer Zahl nach vermindert, in der Anwendung durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen mehr und mehr beschränkt, und so macht sich mit steigender Rechtsbildung, im Zusammenhang mit der Staatssitte, und der festen Begründung des Staats, gegenüber früherer Isolirung, und dem größern Hervortreten der Individualität des Einzelnen und seines Rechts, allmählig das höhere Princip geltend, wie es jetzt immer mehr zur Anerkennung gelangt.

Zweite Abtheilung.

Geschichtliche Betrachtung der Lehre der straflosen Tödtungen.

Einleitung.

§. 20.

Es wird nicht als unnöthige Wiederholung erscheinen, wenn in der folgenden Untersuchung einzelner Fälle gedacht wird, deren bereits in der allgemeinen Darstellung Erwähnung gemacht ist. So fern die im positiven Recht wirklich oder vermeintlich hierher gehörigen Fälle auf einen allgemeinen Grundsatz von ihren Vertheidigern bezogen, und durch diesen selbstständig gerechtfertigt werden sollten, mußte dieser und seine Folge dort geprüft werden. Denn ein Rechtsverhältniß ist dadurch nicht seiner philosophischen Grundlage entzogen, daß es positive Bestätigung oder Anerkennung findet. Hier ist aber derselben nach ihrer positiven Seite zu gedenken, wobei aber noch andere zu erwähnen seyn werden, die rein positive sind, jedoch ihre historisch-politische Rechtfertigung in dem Verhältniß der Zeit und der Nationalität des

Rechts finden, wo sie sich gebildet und Geltung erhalten haben.

Diese Untersuchung muß aber nothwendig einen geschichtlichen Charakter annehmen, was zugleich auf die Form derselben Einfluß haben wird, indem die systematische Rücksicht zwar nicht wegfallen, aber durch die historische bestimmt werden muß. Die Forderung des geschichtlichen Ganges ist hier aber theils eine rein wissenschaftliche, theils eine praktische, aus dem zweifachen Grunde, weil nur dadurch das nicht mehr anwendbare, von dem jetzt etwa geltenden, gehörig gesondert werden kann, und dann, weil das gemeine Recht, die peinliche Gerichts-Ordnung, in der Lehre der straflosen Tödtungen unmittelbar auf das Römische Recht zurückweiset. Daher ist denn auch das Römische Recht zum Mittelpunkt der Untersuchung zu machen, die von da aus erst zu dem einheimischen hinüberzuleiten seyn wird.

Erster Abschnitt.

Römisches Recht.

Allgemeiner Charakter des ältern Römischen Strafrechts.

§. 21.

Im Römischen Rechte finden sich nun in verschiedenen Perioden verschiedene auf der Volkssitte und den Gesetzen beruhende Gründe und Fälle erlaubter Tödtungen. Der geschichtliche Entwickelungsgang der hierher gehörigen Lehren ist dieser: Ursprünglich macht Privat-Rache und Selbsthülfe, und das was man neulich als s. g. natürliches Strafrecht außerhalb des Staats zu bezeichnen gesucht hat, die Regel aus. Ein nothwendiger Fortschritt der Gesittung im Staate läßt allmählig an die Stelle der rächenden die strafende Gerechtigkeit treten, und bewirkt daß, was früher Regel war, die Selbsthülfe ꝛc. allmählig als unerlaubt wegfällt, und nur als Ausnahme noch vorkommt. Die Fälle, in denen eine solche Ausnahme statt findet, sind

anfangs und eine längere Zeit hindurch ziemlich zahlreich: nach und nach werden sie seltener und verschwinden zuletzt fast ganz in dem Rechte der Nothwehr, deren Grundsätze zur Beurtheilung der Rechtmäßigkeit einer Tödtung in Anwendung kommen. Die allgemein durchgreifenden neuen Bestimmungen, welche dem frühern Gebrauche und seiner Willkührlichkeit entgegenstehen, machen es nothwendig, hier überhaupt die größte Beschränkung jener Befugniß anzunehmen — eine Regel, die nach dem Standpunkte der Cultur unserer Zeit und des Christenthums um so mehr auch für unser Recht gelten muß, wo dasselbe aus dem Hülfs-Rechte ergänzt werden soll.

Historisch-systematische Uebersicht der einzelnen Fälle straflöser Tödtung.

§. 22.

Schließen wir nun, als außer den Grenzen und dem Bedürfniß der gegenwärtigen Untersuchung liegend, den Fall aus, wo bei einer auch nur unvollkommen [51]) hervortretenden öffentlichen Strafgerechtigkeit und einer hiefür nothwendigen Ausübung die Todesstrafe durch den Staat selbst, als Folge der Uebertretung seiner Poenalsanktionen verwirkt, rechtlich zuerkannt und vollstreckt wird, so werden sich alle übrigen einzelnen Fälle der von Einzelnen rechtmäßig und straflos verübten Tödtungen auf folgende Gründe zurückführen, und unter dieselben stellen lassen, welche, wie ich früher zu zeigen gesucht habe, als Ergänzungen des ältern Strafrechts anzusehen sind.

I. Das Individuum übt als solches, wegen einer ihm selbst, oder den Seinigen zugefügten schweren Rechtskränkung die erlaubte Privat-Rache und Selbsthülfe aus — vindicta privata.

---

51) Meine Com. de antiquiss. Rom. jure criminali. Regiom. 1823. §. 20 etc. 31 etc.

II. Das Individuum bedient ſich als ſolches, gegen einen widerrechtlichen Angriff der Selbſtvertheidigung — inculpata tutela.

III. Das Individuum tritt in der Eigenſchaft eines Bürgers und Staatsgliedes wegen eines am Staate verübten Unrechts, oder einer demſelben drohenden Gefahr, alſo in ſeiner allgemeinen politiſchen Eigenſchaft auf, um eine, nicht ihm perſönlich feindliche Perſon, als Feind der Geſammtheit zu behandeln.

IV. Die eigenthümliche Strenge Römiſcher Sitte, bei den Gewalt- und Abhängigkeits-Verhältniſſen geſtattet dem Inhaber der Gewalt das jus vitae et necis, welches, in ſo fern es als domesticum imperium ausgeübt wird, das öffentliche Strafrecht ausſchließt und erſetzt.

V. Mehrere Fälle, die unter keinen der bisher erwähnten Geſichtspunkte geſtellt werden können, auch unter einander durch kein gemeinſchaftliches Princip beherrſcht werden, beruhen auf ſpeciellen, durch Volksſitte und Geſetz beſtehenden Berechtigungen, die eben darum am eheſten außer Gebrauch kommen mußten, nachdem ſich die beſſern allgemeinen Grundſätze geltend zu machen begonnen hatten.[51b])

51b) Cicero Orat. partition. Cap. 12. ſtellt eine ähnliche, jedoch nicht erſchöpfende, und das Geſchichtliche unberückſichtigt laſſende, Claſſifikation des Factum auf, um ſeine Theorie der partitio in einem Beiſpiel zu zeigen: „Aut jure factum depellendi, aut ulciscendi doloris gratia, aut pietatis, aut pudicitiae, aut religionis aut patriae nomine, aut denique necessitate, inscitia, casu.“ Die letzten Fälle haben für den Gegenſtand dieſer Abhandlung kein Intereſſe, die andern laſſen ſich noch genauer eintheilen, umfaſſen aber nicht alle Anwendungen.

Wir betrachten sie jetzt nach der Reihe.

I. Privat-Rache.

Deren Charakter im Allgemeinen.

§. 23.

Privat-Rache ist die ursprüngliche roheste und unmittelbar, aber als nur subjektives Princip, hervortretende Gestalt der Gerechtigkeit als Wiedervergeltung eines erlittenen Unrechts, indem der Urheber desselben, nach dem nehmlichen Princip behandelt wird, welches er für seine Handlungsweise gegen Andere aufgestellt, und zur Anwendung gebracht hat. Das subjektive Gefühl der Rache und der Genugthuung macht sich unter den Verhältnissen einer noch unentwickelten oder gänzlich mangelnden objektiven Anstalt für den Schutz und die Verwirklichung des Rechts geltend, und ist so zugleich ein Recht dessen, der sie ausübt, und dem Inhalt nach gerecht gegen den, den sie trifft. Sie ist nach diesem Standpunkt, und der auf denselben herrschenden allgemeinen Ansicht, ein Recht des Verletzten oder seiner Angehörigen, Familie, Stamm-Verbundenen ꝛc., welches durch das erlittene Unrecht begründet wird, und ist in so fern gerecht als sie, abgesehen von ihrer äußern Erscheinung, wo die Vergeltung die Form der Rache hat, auf dem, noch nicht zum bestimmten Bewußtseyn gekommenen Gefühl der Nothwendigkeit beruht, daß das Unrecht, welches nicht unmittelbar ungeschehen gemacht werden kann, durch eine Gegenwirkung ausgeglichen und aufgehoben werden müsse, damit sich die nicht anerkannte Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit des Verletzten, oder der Seinigen, und auch vor Andern wieder herstelle. Sie wird nach diesem nothwendigen Gesichtspunkt und unter Hinzutretung religiöser nationaler Rücksichten selbst eine Pflicht, womit das Princip der Vererbung der Familien- und Blut-Rache als Folge in Verbindung steht. Gerecht ist sie dem Inhalt nach gegen den Angreifer und Rechtsstörer, weil sie ihn nicht anders,

als nachdem er ſelbſt die Nichtachtung des Rechts Anderer als Grundſatz aufgeſtellt hat, nur als Vergeltung ſeiner eigenen Schuld, trifft, weil ſie ihn ſo, nach ſeinem eignen Urtheil treffen muß, indem ihm geſchieht, was er ſelbſt gethan hat. Die Strafe, in der Form der Rache, iſt hier Talion, ausgehend von dem Subjekt, ſie iſt auch dem Inhalte nach jedoch in der äußerlichſten Weiſe Talion, Vergeltung Gleiches mit Gleichem, und ſo erklärt ſich leicht, im Römiſchen Rechte, wie in dem anderer Völker, ſo lange ſie auf jenem noch niedrigen Standpunkte der Cultur erſcheinen, die erlaubte Tödtung in Fällen wo das Princip der Vergeltung dieſelbe fordert. Ich beſchränke mich auf dieſe Andeutungen, indem von dem, das ganze Gebiet der Verletzungen umfaſſenden Syſtem der von dem Subjekt ausgehenden Vergeltung nur die Tödtungen hier, nach dem Gegenſtand der Unterſuchung, zu betrachten ſind, und darf mich auf die ausführliche geſchichtliche Erörterung dieſer Lehre beziehen, die ich früher verſucht habe.[52]) Daſelbſt iſt auch das Mangelhafte dieſer ſubjektiven Verfahrungsweiſe aufgezeigt, weshalb ſich ein nothwendiges Bedürfniß ergiebt, dieſelbe, wenn man ſie an den höhern Maaßſtab vernünftiger Geſittung hält, als ſchon der Form nach, unrecht aufzugeben, damit ein objektives Princip ſich an die Stelle ſubjektiver Anſicht ſetze; dieſes zu ſeiner Anerkennung zu bringen, iſt die Arbeit der Bildung, die Lehre der Religion, Geſchichte, und Philoſophie, welche in dieſen drei Gebieten ihre Beſtätigung und Anerkennung gefunden hat. Denn das Urtheil des Subjekts über das ihm oder den Seinigen zugefügte Unrecht, iſt kein unpartheiiſches, ſondern ein befangenes, welches, wie in noch höherm Grade die Vollſtreckung des eignen Urtheils, die Grenzen überſchreiten kann, wie denn überhaupt auf dieſer Stufe, die That des Angreifers in ihrer blos äu-

52) De antiquissimo Romanorum jure criminali. §. 20 — 26. 32.

ſerlichen Erſcheinung erfaßt und auch dadurch den höhern Forderungen vergeltender Gerechtigkeit zuwider gehandelt wird. Oder mit andern Worten: Niemand ſoll ſein eigner Richter, Parthei und Richter zugleich ſeyn, und dem Gegner ſteht das Recht zu, ſich zu vertheidigen, ſo wie er ſich das Recht nicht abſprechen läßt, in der Vergeltung, ſo fern ſie für ihn als blos ſubjektives Benehmen des gereizten Gegners, erſcheint, ſeinerſeits ein Unrecht gegen ſich zu ſehen, dem er ſich widerſetzt, ſo daß es theils auf dieſer Stufe des Kampfes der Individuen zufällig iſt, ob der Inhalt des Rechts ſich in jener Form verwirklichen werde, theils eine Fortſetzung ins Unendliche ſtatt finden kann, — (auch in dieſem Sinne gilt das bekannte „jus belli est infinitum“) ſo daß ſich die Feindſchaft und Rache als Familien-Erbtheil auf künftige Geſchlechter fortpflanzen.

Beſchränkung derſelben.

§. 24.

Eine Grenze wird geſetzt, und dadurch der Uebergang zur ſtrafenden Gerechtigkeit der Geſammtheit vorbereitet, ſo wie jenes urſprüngliche Recht dadurch ſeltener gemacht, und indirekt aufgehoben, bis ſich endlich das entgegengeſetzte Prinzip beſtimmter ausſpricht, und von dem frühern nur einzelne ausnahmsweiſe Anwendungen erhalten — durch den Vertrag, das Abkaufen der Rache, Sühne, Buße, Wehrgeld, (Compoſitionen) wovon im Römiſchen Recht Beiſpiele und Beſtimmungen vorhanden ſind; beſonders ausführlich aber in den germaniſchen Volksrechten, welche dieſe Weiſe der Aufhebung der Rache, und demgemäß die Schätzung der Unbill, und Verletzung, in ein Syſtem gefaßt haben, — das jedoch nur im Zuſammenhang mit andern volksgemäßen Anſichten und Einrichtungen richtig gewürdigt werden kann. Zweierlei möge hier noch bemerkt werden. Erſtlich, auf jener Stufe der Rechtsbildung der Völker, wo ſich die vindicta privata als Anfang und Urſprung alles Straf-

rechts zeigt, finden sich noch nicht Gesetzgebungen im spätern Sinne, sondern, wo überhaupt ein festgesetztes, nicht blos in der Nationalsitte in unmittelbaren Formen bestehendes Recht vorhanden ist, da sind es Aufzeichnungen des Volksrechts, mit Anerkennung und Bestätigung der herrschenden Ansichten, wonach sich ein geschriebenes Recht nur durch seine neue Form, nicht durch einen eigenthümlichen Inhalt charakterisirt. So wie die weitern Fortschritte in letzter Rücksicht das Bedürfniß der ersten dringender und allgemeiner machen, so gehen auch die Geschichte der Gesetzgebung und der weitern Rechtsbildung so lange in gleichem Schritte neben einander, als nicht jene, die Gesetzgebung, ihre Bestimmung aufgebend, selbst erst das Recht zu schaffen vermeint. Für unsern Zweck genügt diese Andeutung, die weitern Verhältnisse von Recht und Gesetz, Rechtssammlung und Gesetzbüchern in der spätern Bedeutung zur Wissenschaft ꝛc., sind in unserer Zeit hinlänglich besprochen. Zweitens, — für den historischen Standpunkt der Rechte findet sich darin die Erklärung der Nothwendigkeit der Todesstrafe, und in so fern deren Rechtfertigung, worüber sonst unsere Quellen, und namentlich die Ueberbleibsel von den Schriften der juristischen Klassiker keine Untersuchung enthalten, auch nirgends eine Frage, oder einen Zweifel aufwerfen. Ich bin weit entfernt, diese historische Rechtfertigung oder vielmehr Erklärung, für eine innere der Sache selbst auszugeben, die nach andern, mehr selbstständigen Gründen, zu entscheiden ist. Aber, wenn im Stande der Privat-Rache und der Wiedervergeltung, und was damit oft zusammenfällt, der Selbstvertheidigung und des Schutzes, die Tödtung als zulässig, ja als nothwendig erscheint, so ist es natürlich, daß sie von der Allgemeinheit beibehalten wird, wenn diese an die Stelle des subjektiven Benehmens tritt; sie entzieht, indem sie die in der Volks-Ansicht begründete Strafe nach Recht und Urtheil vollstreckt, den Verletzer, auch zu seiner eigenen Sicherheit, der Willkühr des Einzelnen und der rohen Hülfe der Vielen, aber sie vermag dieses nur, so fern sie auch sich verbindlich macht,

die Strafe auszuüben, und ihnen dadurch die Veranlassung und den Grund zum Gebrauche der Eigenmacht ganz entzieht. Sie hat daher hierin eben so sehr eine Pflicht zu erfüllen, als ein Recht auszuüben. Wenn darin, daß die Gesammtheit nur nach höhern Gründen die Strafe übernimmt, für den Verbrecher der Vortheil entsteht, daß er nicht mehr der Willkühr Preis gegeben ist, sondern nach Recht behandelt wird, folglich oft die Todesstrafe da ausgeschlossen seyn wird, wo sie nach der frühern Rücksicht als äußere Vergeltung statt gefunden haben würde, da hier nothwendige Beschränkungen der Zulässigkeit überhaupt, und der Anwendung im besondern Falle eintreten, so liegt auch wieder eine Erweiterung, auch der Fälle todeswürdiger Verbrechen, nach historisch-nationalen Rücksichten darin, daß nun nicht mehr blos der Einzelne, sondern auch die Gesammtheit selbst, Gegenstand eines möglichen widerrechtlichen Angriffs und einer in höherm Grade strafwürdigen Verletzung, folglich auch eines größern Schutzes wird.

Historischer Charakter im Römischen Rechte.

§. 25.

Sehen wir uns nun außer der gemeinschaftlichen Grundlage, auf welcher bei den verschiedenen Völkern das System der Privat-Rache beruht, von dem sich noch jetzt Spuren vorfinden,[53]) nach einem noch mehr eigenthümlichen nationalen Grund bei den Römern und den alten Völkern um, die in ihrer frühesten Geschichte mit ihnen in verschiedenen Beziehungen vorkommen, so glaube ich, bietet sich ein solcher unserer Betrachtung dar, in dem Charakter der politisch-re-

53) Im orientalischen Rechte, bei den Arabern ꝛc. Ein interessantes Beispiel aus Nordamerika, dessen Wahrheit der Mittheiler verbürgt, findet man in Hitzig's Annalen für deutsche und ausländische Criminal-Rechts-Pflege. I. Heft. P. 237 — 240.

ligiöſen Verbindungen, welche unter den Gliedern einer Familie, den Angehörigen eines Stammes (gens) ſtatt fanden, welche in ihrer Abgeſchloſſenheit gegen Andre, eine Einheit ausmachen, deren Grundlagen die Abſtammung und Aufnahme in die Familie durch juriſtiſche Handlungen (in manum conventio, wenigſtens bei der confarreatio und auch wohl der coemptio, ferner arrogatio und adoptio) deren äußere Erſcheinung das Verhältniß der Familien-Gewalt und der Name, deren innerer Charakter die hieraus hervorgehende Familien-Geſinnung iſt, welches alles in dem gemeinſchaftlichen Familien-Gottesdienſt ſeine höhere Vollendung erhält.[54]) Hieraus erklären ſich noch viele andere intereſſante Erſcheinungen im Familien-Recht, der Vormundſchaft, dem Erbrechte,[55]) ſo wie auch das Syſtem der Familien-Rache damit in Verbindung geſetzt werden muß. So finden wir eine Reihe von kleineren Kreiſen, welche gegeneinander abgeſchloſſen, ſich wieder in einem größern, z. B. als Patricier, vereinigen, und ſo wieder innerhalb des Römerthums oder Quiritenthums ihre Gegenſätze bilden, die aber wieder als Ganzes, andern Völkern gegenüber treten, gleichfalls auf den Grund gemeinſchaftlicher,

54) So z. B. ſetzt Gellius Noct. Att. XIII. 3. das Charakteriſtiſche der Familien-Verbindung in eine religiöſe Grundlage — „necessitudo autem dicatur jus quoddam et vinculum religiosae conjunctionis.“ — Savigny über die juriſtiſche Behandlung der sacra bei den Römern in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft. II. Bd. P. 383 ꝛc. Klenze die Cognaten und Affinen, in derſelben Zeitſchrift. VI. Bd. 1. u. 2. Hft. P. 14. 15.

55) In der Sache ſelbſt, die zu deutlich aus den Quellen erhellt, iſt weniger als über die Gründe derſelben eine Verſchiedenheit der Anſichten. Vgl. Gans das Erb-Recht in weltgeſchichtlicher Entwickelung. I. Th. §. 33. und die Not. 54. angeführte Abhandlung von Klenze, die auch viel für das ältere Criminal-Recht Lehrreiches zuſammenſtellt.

politischer und religiöser Bande, welche selbst die Römer und Latinen einander verknüpfen.[56]) Soll eine Anerkennung statt finden, so muß sie unter den ursprünglich Fremden, welche Feinde sind, durch Vertrag bewerkstelligt werden. Belege hiezu liefert die ganze ältere Geschichte der Römer, und der andern italischen Völker, insbesondere das Verhältniß der verschiedenen Stämme selbst, welche sich in Rom vereinigten, und das, was wir von den Kämpfen wissen, die der Abfassung der XII. Tafel-Gesetze vorausgingen, und die aus andern Ursachen noch lange nachher fortgesetzt wurden. Hierher gehört z. B. das früher fehlende connubium zwischen Patriciern und Plebeiern.[57])

---

56) Niebuhr Röm. Geschichte. I. Th. Zweite Ausgabe. S. 269. 295. 296 ꝛc. u. G. F. Puchta Civilistische Abhandlungen. Leipzig u. Berlin. 1823. P. 1 ꝛc.

57) Vgl. Livius IV. 4. „Ne connubium Patribus cum Plebe esset, non Decemviri tulerunt?“ Cicero de Republ. lib. II. Cap. 37. (ed. Maii). — „Ergo horum (sc. X. virorum tertii anni) ex injustitia subito exorta est maxima perturbatio et totius commutatio rei publicae: qui duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus etiam quae disjunctis populis tribui solent, connubia, haec illi ut ne plebei cum patribus essent inhumanissima lege sanxerunt; quae postea plebeis cito Canuleio abrogata est.“ Vgl. Dionys. Halycarnass. hist. lib. X. Cap. 60. Lib. XI. Cap. 28. — Dirksen's Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Leipzig 1824. Zwanzigstes Capitel. — Haubold. Instit. juris romani privati historico-dogmaticarum lineamenta. ed. Otto. Lips. 1826. P. 236.

Von den Auslieferungen.

§. 26.

Was nun die criminal-rechtliche Seite dieses Verhältnisses betrifft, so ist

Die Privat-Familien-Rache, und Stamm-Verfolgung, theilweise zusammenfallend mit dem Kriege, aus Gründen, die in den angedeuteten Verhältnissen liegen, sichtbar in der Forderung und Anerkennung der Auslieferung des Schuldigen an den Verletzten, oder (um es ein für allemal zu bemerken,) wenn dieser getödtet worden war, an diejenigen, welche das Recht und die Pflicht der Rache-Uebung hatten.

Diese deditiones kommen nun in den verschiedenen Kreisen vor, die eben unterschieden worden sind, namentlich nicht nur im Verhältniß des einen Volkes zu dem andern, sondern auch des einen Stammes zu dem andern, innerhalb desselben Volkes, und sind daher ihrer Grundlage nach dem jus gentium eigen, ihre Anwendung im Römischen Rechte beruht darin, daß in einer Zeit, wo noch nicht das Volk zu einer völlig politischen Einheit consolidirt war, die einzelnen nationalen Elemente desselben noch theilweise, wo sich ihr besonderes Interesse hervorthat, sich als verschiedene gentes, im weitern Sinne, gegen einander verhielten, und verschwindet daher allmählig in der Zeit, wo die Gegensätze mehr aufgehoben, Familien-Verbindungen häufiger waren, und der Charakter des Römischen öffentlichen Rechts sich um so fester in sich selbst abgeschlossen hatte, je schärfer der Gegensatz war, in welchem es zu allem Nicht-Römischen erschien. Eine vollständige Untersuchung, die nicht in das Gebiet dieser criminalistischen Abhandlung gehört, würde mit besonderer Berücksichtigung der Geschichte des jus sacrum angestellt werden müssen.

Geht man nun aus von der Stamm-Verbindung, und ihrer Folge, daß die Verletzung des Einzelnen, die Rache der Genossen auffordert, die sich wiederum, wenn sie zur

kriegerischen Feindseeligkeit gesteigert ist, nicht auf den Verletzer beschränkt, sondern eine weitere Ausdehnung erhält, mittelst welcher die einzelne Verletzung die Veranlassung eines allem Rechte widersprechenden langen Kampfes wird, so läßt sich nicht verkennen, daß in der deditio selbst der Uebergang zu einem mehr rechtlichen Verhältnisse, und der Anfang desselben, enthalten sey. Durch sie wurde zunächst die im Vertrag ausgesprochene gegenseitige rechtliche Anerkennung begründet, der Krieg abgewendet und die Rache lediglich auf die Schuldigen beschränkt. Was diese erlitten, war dann nicht mehr die bloße Gewalt, die im Krieg auch den Nichtschuldigen traf, es war ihr Recht, die Vergeltung ihrer That, und als solche wurde es anerkannt, von allen Betheiligten, von denen, die die Auslieferung zum Zwecke ihrer Racheübung forderten, von denen die dieselbe gewährten, wie von denen, die das Opfer, und als solches der Preis waren, um welchen der Friede und die Herstellung des rechtlichen Verhältnisses statt fand. Wir sind so auf die Feststellung eines wichtigen Unterschiedes zwischen den Familien- und Stamm-Fehden, und der eigentlichen vergeltenden Rache geführt worden, und müssen hierin den historischen Anfangs-Punkt des Straf-Rechts freilich noch immer in roher und subjektiver Gestaltung erkennen. Von diesem geschichtlichen Standpunkte aus rechtfertigt sich demnach, als ein Fortschritt, das, was an sich verwerflich erscheint, aber es würde Unrecht seyn, und der Betrachtung selbst, ihrer wissenschaftlichen Seite nach, Schaden bringen, wenn man denselben nicht im Zusammenhang seiner concreten Verhältnisse auffassen wollte. Die Tödtung des übergebenen Schuldigen, den also alle Betheiligten für einen solchen erkennen, ist demnach die erste Anwendung des oben angegebenen Princips, aber sie erscheint hier noch nicht als Ausnahme von einer höhern Regel, sondern sie bildet mit ihrer Voraussetzung die Regel selbst, indem noch nicht für die Verletzten die Möglichkeit vorhanden ist, bei den Genossen des Verletzers ihr Recht durch dessen Bestrafung zu erlangen. Als es so weit

gekommen war, mußte auch jenes Syſtem der deditio aufhören, jedoch es iſt eine bekannte und erklärliche Erſcheinung, daß eine Zeitlang beides nebeneinander, zum Theil im Kampfe, beſteht, und daß insbeſondere die Verletzten, Fremden, am wenigſten geneigt ſind, auf ihr Recht die Auslieferung zu verlangen, und eine gewiſſere Vergeltung auszuüben, Verzicht zu leiſten. Zur Vollendung des Fortſchrittes, bei der ſich mehr ausbildenden Staatshoheit und damit der Strafgewalt, auch als Uebung der Pflicht, gehört das auch bei andern Völkern gleichzeitig hervortretende Princip der Geſittung, und des ſittlichen und rechtlichen Vertrauens, daß ihnen durch die der Form nach rechtliche Behandlung ihres Gegners, und durch die Beurtheilung deſſelben von ſeinen Landsleuten, ihr Recht, und die völkerrechtliche Anerkennung zu Theil werde. Daß dieſes denn auch allmählig geſchehen, lehren die vielen bekannten Beiſpiele ſpäterer Zeit, wo Römer, von Fremden belangt, oder wegen der an ihnen begangenen Läſionen verurtheilt, und von ihren Mitbürgern ſelbſt angeklagt wurden.[58])

Als eine noch in ſpätern Zeiten vorkommende übrig gebliebene Folge des den Verwandten zuſtehenden Rechts der Blutrache und Mordſühne iſt der Vorzug zu betrachten, welcher dieſen bei der Concurrenz mehrerer Ankläger geſtattet wurde, die gerichtliche Verfolgung gegen den Schuldigen auszuüben, und die Begünſtigung der Verwandten, als Ankläger, in ſo fern als ſie durch die ſonſt ſtatt findenden geſetzlichen Hinderniſſe, ſo wenig, als von den Nachtheilen ge-

58) Belege finden ſich zuſammengeſtellt und erläutert in meiner Comment. de antiq. Rom. jure crim. §. 24. Not. 49 bis 57. u. Liv. lib. XXIX. Cap. 3. Brisson. de Formulis lib. II. Cap. CXL. Hier äußert ſich unter andern auch die Wirkſamkeit der Conſortiſchen Gewalt. Cic. de Offic. lib. I. Cap. 13. lib. III. Cap. 32. Gell. Noc. Attic. lib. VII. Cap. 18. Liv. lib. XXIV. Cap. 18. Val. Max. VI. 1. §. 9.

troffen werden, welche außerdem dem Ankläger als calumniator drohen, der seine Anklage nicht rechtlich zu begründen vermochte.[59]) Diese Folgen sind aber auch an sich so

59) Auch im Attischen Recht äußert sich die Androlepsia wegen des im Auslande an einem Athener verübten Mordes oder Todtschlages, nur in Beschränkung auf die Anverwandten, welche Buße oder die Auslieferung des Mörders fordern können, sonst aber drei unschuldige Bürger des fremden Staats gefangen nehmen dürfen, die gleichsam statt des schuldigen Staats, der die Gerechtigkeit verweigert, und dadurch die Blutschuld auf sich ladet, vor Gericht gestellt werden; ihr Schicksal ist nicht gesetzlich bestimmt; aber nach Meier und Schömann (der Attische Prozeß. Vier Bücher. Halle 1824.) S. 978 ꝛc. durften sie auf Schonung und milde Behandlung rechnen. Ueber die nähere Begrenzung des Familienkreises, dem dieses vorzüglichere Recht zusteht, so wie die Beschränkung auf das Verbrechen der Tödtung vergl. Klenze a. a. O. P. 42. 43. 44. Daß dieses Recht nur in dem Falle statt fand, wenn ein Freier, und daß andere Rechtsmittel begründet waren, wenn ein Sklave getödtet worden war, beruht auf bekannten Gründen, deren Ausführung hier nicht nothwendig ist. Später wird von der Tödtung des Sklaven zu sprechen Veranlassung seyn. Vgl. L. 5. §. 5. D. de his, qui effuderint vel dejecerint IX. 3. Ulp. „Haec autem actio, quae competit de effusis et dejectis, perpetua est, et heredi competit. — Quae autem de eo competit, quod liber perisse dicatur intra annum dumtaxat competit, neque in heredem; sed nec heredi, similibusque personis; nam est poenalis et popularis; dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest; vel qui affinitate cognatione ve defunctum contingit.“ — Von dem Recht der öffentlichen Anklage sind ausgeschlossen diejenigen, bei welchen die Verhältnisse statt finden, die folgende Stellen erwähnen: L. 8. D. de accusationibus XLVIII. 2. Macer. „Qui accusare possunt intelligemus, si scierimus, qui non possunt. Itaque prohibentur accusare alii propter sexum, vel aetatem, ut mulier, ut pupillus

sehr in der Natur der Sache begründet, daß sie so lange überhaupt das Princip des Anklage-Verfahrens mit seinen

---

Alii propter sacramentum, ut qui stipendium merent. Alii propter Magistratum, potestatemve in qua agentes sine fraude in jus evocari non possunt. Alii propter delictum proprium, ut infames. Alii propter turpem quaestum, ut qui duo judicia adversus duos reos subscripta habent, nummosve ob accusandum vel non accusandum acceperint. Alii propter conditionem suam, ut libertini contra patronos — L. 9. D. eod. Paulus. „Alii propter suspicionem calumniae, ut illi, qui falsum testimonium subornati dixerunt.“ L. 10. D. eod. Hermog. „Nonnulli propter paupertatem: ut sunt, qui minus quam quinquaginta aureos habent.“ Hieran schließt sich aber wieder eine Ausnahme, von jenen Hindernissen, deren Princip das eigne und das Familien-Interesse ist: L. 11. D. eod. Macer. „Hi tamen omnes, si suam injuriam exequantur, mortemve propinquorum defendant, ab accusatione non excluduntur.“ Frauen, die nach L. 8. D. cit. nicht zur Anklage berechtigt sind, werden gleichfalls unter der Voraussetzung zugelassen, daß der Getödtete in so naher Verwandtschaft zu ihnen stand, welche den Zwang zum gerichtlichen Zeugnisse gegen denselben ausgeschlossen haben würde. L. 2. p. D. de accusat. Papinian. „Certis ex causis concessa est mulieribus publica accusatio, veluti si mortem exequantur eorum earumque, in quos ex lege publicorum (so. judiciorum) testimonium invitae non dicunt.“ (Vgl. Klenze a. a. O. P. 43. Not. 3.) Während hier die Grenzbestimmung durch Verweisung auf eine andere Anwendung des Einflusses der Verwandtschaft, auf die Freiheit von der Verbindlichkeit als Zeuge aufzutreten, erfolgt, ist in L. 1. D. eod. wie häufig in ähnlichen Fällen von der juristt. Klassikern eine spezielle Angabe der besondern Verhältnisse mitgetheilt: Pomp. — „Non est permissum mulieri, publico judicio quemquam reum facere: nisi scilicet parentium, liberorumque, et patroni, et patronae, et

Eigenthümlichkeiten praktisch war, auch als selbstständige Gründe Ansprüche auf Geltung machen durften.

Andere Fälle der Privat-Rache.

§. 27.

Unter den Gesichtspunkt erlaubter Privat-Rache fallen noch drei andere Anwendungen, von denen es jedoch zum Theil, wenigstens nach den Beschränkungen des spätern Römischen Rechts und des einheimischen zweifelhaft erscheinen könnte, ob sie nicht vielmehr unter das Princip der Nothwehr (also den zweiten, der oben unterschiedenen) gestellt werden müßten.

Ich meine nehmlich die Tödtung des nächtlichen Diebes, des Entführers, des Ehebrechers, unter

---

eorum filii, filiae, nepotis, neptis mortem exequatur. — L. 4. Cod. de his, qui accusare non possunt IX. 1. Alex. Sever. a. 223. „Uxor tua si consobrini sui necem vindicandam existimat, adeat praesidem provinciae.“ Vgl. L. 8. 9. 10. 12. Cod. eod. Endlich L. 14. D. de publicis judiciis XLVIII. 1. Papinian. „Generi servis a socero veneficii accusatis, praeses provinciae patrem calumniam intulisse pronunciaverat, inter infames patrem defunctae non habendum respondi; quoniam, etsi publicum judicium inter liberos de morte filiae constitisset, citra periculum pater vindicaretur.“ Wenn endlich auch ein bei Priscian in Art. grammat. Lib. VI. aus des Cato Origin. Lib. IV. mitgetheiltes Fragment — Si quis membrum rupit, aut os fregit, talione proximus agnatus ulciscitur — nicht für die Restitution der XII. T. gebraucht werden kann, vielleicht überhaupt nicht auf eine Römische Sitte, und möglicherweise sich auf einen Brauch eines fremden Volkes bezieht, wie bereits Gothofred., und vor ihm Ausonius Papo zu Cato anerkannt hat (Dirksen Not. 61. cit. S. 517.) so ist doch die Stelle für uns nicht uninteressant.

Vorausſetzung des Betretens auf handhafter That. Es iſt ſchon hier, ehe wir das Geſchichtliche der Lehren ausführen, die Rechtfertigung der Stellung zu liefern.

Wir müſſen dabei zuerſt die geſchichtliche urſprüngliche Bedeutung von der ſpäter beſchränkten unterſcheiden. Rückſichtlich der letztern ſehen wir allerdings, daß die Vorausſetzungen gerechter Nothwehr beinahe ausſchließend die Tödtung ausnahmsweiſe als eine ſtraſloſe erſcheinen laſſen, aber es verhält ſich keineswegs ſo in der Art, wie die ältern Römiſchen Sitten und Geſetze eine ſolche Handlung beurtheilen. Weder kommen dabei, rückſichtlich der Art der Ausübung des Rechts der Tödtung, die Erforderniſſe der Beobachtung der Grenzen der rechtmäßigen Nothwehr in Betracht, noch deren Bedingungen rückſichtlich der Anwendung im Allgemeinen. Der Fehler der Neuern liegt nur, ſo fern ſie jetzt noch ſolche Entleibungen für ſtraflos ausgeben, darin, daß ſie die Beſchränkungen des ſpätern Rechts außer Acht laſſen, und die Anordnungen der P. G. O., welche in ihrer zu großen Allgemeinheit durch das Röm. Recht näher beſtimmt werden müſſen, für ſich allein als praktiſch nehmen. So beruht namentlich das Recht des Ehemanns und das des Vaters, den betretenen Ehebrecher zu tödten, durchaus nicht auf Nothwehr, die zu ſpät käme, und hier überhaupt nicht gegründet iſt, ſondern auf wirklich geſtatteter eigenmächtiger Racheübung wegen der erlittenen ſchweren Schmach, deren Grund eheliche oder väterliche Gewalt iſt, und woraus ſich auch die wichtigen Unterſchiede ergeben, die hier bei dem Manne und bei dem Vater eintreten, wie denn ſicher bei letzterm, die zur Pflicht gemachte Tödtung der Tochter, zugleich mit dem Ehebrecher, auf den Geſichtspunkt der Nothwehr in keiner Weiſe zurückgeführt werden kann. Bei dem fur nocturnus und dem raptor läßt ſich letzteres eher denken, allein geſchichtlich iſt dieſe Anſicht nicht, und es iſt hiebei überhaupt nicht zu überſehen, daß bei den früher entwickelten Grundlagen des älteſten Strafrechts, und dem ausgedehnten Syſtem der Privat-Rache mancher Fall vorkommen mußte, der ſpäter,

wo sich mehr und mehr Beschränkungen geltend machten, nicht anders, als wenn er durch das Daseyn der Voraussetzungen und Erfordernisse der rechten Nothwehr gerechtfertigt werden konnte, auf Strafloſigkeit Anspruch machen durfte, wozu früher kein Bedürfniß vorhanden war, und daß auch einer späteren Zeit, wo nun erst die Nothwehr anfing, eine richtigere Bedeutung zu erhalten, die Aufstellung bestimmterer Grundsätze, — eine Theorie derselben, angehört. Denn je mehr andere Fälle nur in seltener Ausnahme erlaubt bleiben durften, je größer bei umfassenderer Gesetzgebung über das Verbrechen der Tödtung die Beschränkungen werden mußten, desto mehr mußte, um zu vermeiden, daß nicht die Nothwehr gleichsam eine subsidiäre generalis clausula würde, deren man sich bediente, um auf diesem Wege zu vertheidigen, was sonst aller Rechtfertigung entbehrte, eine genauere Bestimmung des Begriffes der Nothwehr, praktisches Bedürfniß werden, weshalb erst zu Cicero's Zeit sich die Grundsätze bestimmter ausgesprochen finden, wie sie nachher auch von den juristischen Klassikern und spätern Constitutionen aufgefaßt worden sind.

Damit soll nicht das Daseyn der Nothwehr, als eine unmittelbar natürliche und nothwendige Erscheinung für die früheste Zeit in Abrede gestellt werden, — es ist bekannt, daß überhaupt das Abstrahiren und das Zurückführen concreter einzelner Erscheinungen auf Principien später erfolgte, nachdem die Sache längst vorhanden war,[60]) aber früher waren die Grenzen begreiflicherweise weniger fest bestimmt, und es kann also nur für die Zeit, wo die Privat-Rache im Allgemeinen durch die von dem Staate gehandhabte Strafgerechtigkeit aufgehoben, verboten, und entbehrlich wird, wo sie nur in den seltensten Ausnahmen gestattet wird, eine Bestimmung ihres Verhältnisses zur Nothwehr erfolgen.

---

60) Meine angef. Comment. de ant. Rom. jure crimin. §. 21.

Nur so viel kann hierüber im Allgemeinen bemerkt werden, das Besondere ergiebt sich aus der genauern Würdigung der Verhältnisse selbst, zu denen wir nun unsere Betrachtung wenden.

Vom nächtlichen Diebe.

§. 28.

Der erlaubten Tödtung des betretenen nächtlichen Diebes gedenken wir zuerst, weil dieser Fall der erste ist, den die ältesten Quellen erwähnen. Schon die Zwölf-Tafel-Gesetze nehmlich enthalten diese Bestimmung, und zwar nach den vorhandenen Zeugnissen, so daß hier durchaus kein Grund, eine Beschränkung auf die Nothwehr anzunehmen, sich darbietet. Vielmehr beruht eben darin die Verschiedenheit der Behandlung, des zur Nachtzeit und des am Tage betroffenen Diebes, daß bei letzterm, nur wenn er bewaffnet ist und sich zur Wehr setzt (ita demum si se telo defendat) bei jenem aber allgemein (omnimodo) die Tödtung eine gerechte und rechtmäßige ist. Die Heiligkeit des nächtlichen Friedens, die objektive Gefahr eines nächtlichen Eindringens in eine Behausung, so wie die erhöhte subjektive Gefährlichkeit dessen, der solchen Frevel gewagt, sind wohl die Gründe, aus welchen weniger Rücksichten zu beobachten sind, zumal wenn man erwägt, daß der verletzte Bürger sich durch unerwarteten nächtlichen Angriff in einer aufgeregten Stimmung befindet, der man auch sonst etwas nachsieht, und eine genauere Beobachtung weiterer Unterschiede um so weniger zumuthet, als sie selbst in dem Gesetze, welches den alten Brauch bestätigt, nicht aufgestellt werden, da es eine spätere Aufgabe ist, diese Gründe aus der Sache selbst zu entwikkeln. Wir haben hier also unzweifelhaft mit einer Anwendung erlaubter Privat-Rache zu thun. Das Fragment lautet folgendermaßen: „Si nox furtum factum sit, si im occissit, jure caesus esto.“ [61])

61) Die hierher gehörigen Stellen der Quellen, welche den

Von dem am Tage betretenen Diebe ist für unsern Zweck nicht die Rede, denn obgleich die uns erhaltenen klassischen

Inhalt der Bestimmung der Zwölf-Tafel-Gesetze wiedergeben, (Vgl. meine Com. §. 25. Not. 59. und Dirksen's Uebersicht ꝛc. Cap. 15. Tab. VIII. Fragment 12.) sind folgende: Macrob. Saturnal. Lib. I. Cap. 4. „Non esse abs re puto in hoc loco id quoque admonere, quod Decemviri in XII. Tabulis inusitate nox pro noctu dixerunt: Verba haec sunt. Si nox furtum factum sit, si im occisit, iure caesus esto. In quibus verbis id etiam notandum est, quod ab eo, quod est is, non eum casu accusativo, sed im dixerunt. Ferner die wahrscheinliche Quelle dieser Bemerkung Gellius Noct. Attic. Lib. VIII. Cap. 1. „Hesterna noctu, rectene an cum vitio dicatur: et quaenam super istis verbis grammatica traditio sit. Item quod Decemviri in XII. Tabulis nox pro noctu dixerunt. — Derselbe Lib. XI. Cap. 18. Decemviri autem nostri, qui post reges exactos, leges, quibus populus romanus uteretur, in XII. Tabulis scripserunt, neque pari severitate in puniendis omnium generum furibus, neque remissa nimis lenitate usi sunt. Nam furem qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut cum faceret furtum nox esset, aut interdiu telo se cum prenderetur defenderet.“ — Coll. leg. Mosaic. et Roman. Tit. VII. pr. — Quod si XII. Tabularum Leges nocturnum furem, omnimodo, diurnum autem si se audeat defendere, interfici jubent, scitote Jurisconsulti, quia Moyses prius hoc statuit; sicut lectio manifestat. §. 2. Paulus libro sententiarum V. ad legem Corneliam de sicariis et veneficis. „Si quis furem nocturnum, vel diurnum cum se telo defenderet occiderit, hac quidem Lege non tenetur; sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad Praesidem magistratibus obtulerit. — §. 3. Ulpianus libro VIII. ad Ediotum sub titulo:

Zeugnisse in dem Zusammenhange, wo sie des nächtlichen Diebes gedenken, auch der Beschränkung Erwähnung thun.

„Si quadrupes pauperiem dederit: — „Proinde si furem nocturnum, quem Lex XII. Tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem eaque Lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat, videamus an Lege Aquilia teneatur. Pomponius dubitat num haec Lex non sit in usu.“ — Cicero pro Milone Cap. 3. „Quod si XII. Tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderit, interfici impune voluerunt; quis est, qui quoquomodo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad occidendum hominem ab ipsis porrigi legibus?“ Diese Worte Cicero's wiederholt Quinctilian. Institut. orat. Lib. V. Cap. 14. — Seneca Controvers. Lib. X. Cap. ult. „Lex quae nocturnum furem occidi jubet, quoquomodo jubet, non de damnato tantum, sed de fure loquitur.“ — Augustinus Quaest. 11. super Exodum. — „Hoc et in legibus antiquis secularibus invenitur, impune occidi nocturnum furem quoquomodo.“ — Gaius Lib. VII. ad Edictum Provinciale in L. 4. §. 1. D. ad leg. Aquiliam schreibt den Satz gleichfalls den XII. Tafeln zu, jedoch mit einer Beschränkung, deren die andern erwähnten Zeugnisse nicht gedenken, und von der es zweifelhaft scheinen kann, ob sie in jenem Gesetze selbst, oder erst in späterer Zeit aufgestellt war. Ersteres möchte ich für wahrscheinlicher halten, obgleich es sich nicht leicht mit der Behauptung, daß der fur nocturnus quoquomodo getödtet werden dürfe, vereinigen läßt, obschon nicht in Abrede gestellt werden kann, daß dieses zunächst nur den Gegensatz zu dem si cum telo se defenderit, des fur diurnus bilden sollte. — Die Stelle ist diese: „Lex XII. Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur; interdiu autem deprehensum ita permittit occidere si is se telo defendat, ut tamen aeque cum clamore testificetur.“ — S. auch Not. 72. Die Stelle aus dem Mosaischen Rechte auf welche sich die

unter welchen auch der andere straflos getödtet werden darf, so bleibt es doch unzweifelhaft, daß hier ein Fall vorliege, der mehr unter den Gesichtspunkt der Nothwehr gezogen werden muß. Schon gegen den frühern unbeschränkten Gebrauch mögen die Zwölf-Tafel-Gesetze eine Beschränkung auf Rechtsgründe (jure caesus esto) festgesetzt, wenigstens beabsichtigt haben, so daß nehmlich die vindicta privata die Grundlage bleibt, aber deren Ausübung, wenn sie vorwurfsfrei seyn soll, an die, vielleicht durch Interpretation aufgestellten Regeln gebunden wird, deren Vernachläßigung aber erst später, auch wo sie noch nicht unter den Gesichtspunkt der Lex Cornelia de sicariis gezogen wird, doch schon nach irgend einer andern Seite hin geahndet wird, wie denn namentlich auch die Lex Aquilia bei dieser Gelegenheit von den Juristen erwähnt wird.[62]) Die wichtigere Beschränkung aber jenes Rechts ist weniger eine auf dieses alte Gesetz bezogene bestimmte Abänderung oder Aufhebung desselben, da es noch in späterer Zeit als ein gültiges (freilich nur in abstrakter Form) erwähnt wird, als vielmehr eine indirekte, durch das allmählig sich mehr Gültigkeit und Anerkennung verschaffende Princip der Widerrechtlichkeit der Tödtung überhaupt, und es fallen daher hier mehrere später zu erwähnende derogirende Grundsätze, auch rücksichtlich anderer früher gestatteter Tödtungen, der Zeit nach zusammen. Hieher gehört nehmlich überhaupt die Ausübung der öffentlichen Strafgewalt, unterstützt durch bestimmtere Gesetze und doctrinelle Auslegung und Praxis, die Ergänzung des ordentlichen Criminalverfahrens durch extraordinariae

---

Collatio bezieht ist Exod. 22. v. 2. 3. nach der Luther. Uebersetzung: „Wenn ein Dieb ergriffen wird, daß er einbricht, und wird darob geschlagen, daß er stirbet, so soll man kein Blutgericht über jenen lassen gehen. — Ist aber die Sonne über ihn aufgegangen, so soll man das Blutgericht gehen lassen.“

62) Coll. leg. Mos. et Rom. l. c. §. 3.

cognitiones und extraordinariae poenae unter den Imperatoren, wodurch das ſonſt ſo weite Gebiet der privata vindicta, (die beides tuitio und ultio umfaßt) in engere Grenzen gebannt, und endlich auf die Vorausſetzungen und Erforderniſſe gerechter Nothwehr beſchränkt wird; wo denn am Ende das praktiſche Reſultat eben dieſes iſt, und die ſpätern allgemein durchgreifenden Beſtimmungen über die Strafbarkeit, welche bei jeder Tödtung in der Regel ſtatt findet, gar nicht ſpeziell eine Aufhebung jenes Geſetzes nothwendig machten, ſo wie natürlich auch umgekehrt nicht wieder eine ausdrückliche Erlaubniß, ſich gegen die Diebe, insbeſondere die nächtlichen, der Nothwehr zu bedienen, Bedürfniß war.[63]) Aus den Quellen ergiebt ſich Folgendes: Zunächſt iſt die Tödtung des nächtlichen Diebes, und zwar, wie einige Stellen ſchließen laſſen und oben angegeben iſt, ſo fern er im Hauſe betreten wird, erlaubt, aber man darf nicht aus dem mehrmals vorkommenden Ausdruck jubet ſchließen, daß ſie mehr als erlaubt, daß ſie geboten geweſen war, ſondern es heißt nur, wenn unter den erwähnten Umſtänden der Dieb getödtet wurde, ſo iſt ihm Recht geſchehen (jure caesus esto.[64]) Wem ſie erlaubt ſey? iſt nicht beſtimmt ausgedrückt, aber es iſt bekannt, daß in mehrern Fragmenten der XII. Tafel-Geſetze nach einer Eigenthümlichkeit der alten römiſchen Geſetzesſprache die Bezeichnung des Subjekts fehlt[65]) und es ſcheint daher keinem Bedenken zu unterliegen, daß die Berechtigung nicht nur den unmittelbar durch das Verbrechen Verletzten, ſondern überhaupt denen zuſtand, welche zur Privat-Rache befugt waren, wo-

63) Davon die Belege weiter unten, wo der Nothwehr zu gedenken ſeyn wird.

64) Vgl. Not. 61. und Cic. pro Tullio ſ. Not. 71.

65) Ueber die zur Ergänzung dieſes Mangels gemachten unnöthigen Reſtitutions-Verſuche ſ. Dirkſen a. a. O. P. 569. Vgl. Tab. I. Fragm. 6. 7. V. Fragm. 3. VIII. Fragm. 2. nach deſſen Anordnung.

bei eine unmittelbare Beschränkung in dem Erfoderniß gleichzeitiger Gegenwart am Orte des nächtlichen Angriffes liegt. Giebt man nun zu, was ich früher angeführt habe, daß die Privat-Rache für den, welchen sie trifft, als verdiente Strafe erscheine, obschon ihr der erforderliche objektive Charakter fehlt,[66]) so wie sie der Form nach, nicht neben der Strafe, sondern statt derselben vorkommt, so erklärt sich die spätere Strafe des betretenen Diebes, welche durch ihre größere Strenge im Gegensatz gegen den heimlichen, nicht nur dahin zu wirken geeignet war, daß die Verletzten sich des Rechts der Tödtung seltener bedienten, sondern den Frevler dem Gericht übergaben, wozu sie noch durch ihr eignes Interesse bewogen werden konnten, indem ihnen der fur manifestus zugesprochen wurde,[67]) wobei ich jedoch Bedenken trage, an-

66) Meine Comm. l. c. §. 20. ꝛc. 32 ꝛc. Meine oben Not. 2. u. 26. angeführten Abhandlungen.

67) Gellius Noct. Attic. Lib. XI. Cap. 18. — „Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique jusserunt ei, cui factum furtum esset, si modo id luci fecissent, neque se telo defendissent.“ Die Vertheidigung des Diebes mit Waffen, am Tage, und der nächtliche Diebstahl, wurden also wohl, wie noch die frühere Sitte voraussetzte und billigte, mit Tödtung geahndet, (dazu macht den Gegensatz — ex ceteris autem manifestis furibus) so daß man hiefür die Todesstrafe als indicirt annehmen darf. Auch das Attische Recht unterscheidet nächtlichen Diebstahl als strafbarer von dem am Tage begangenen. Meier und Schömann a. a. O. S. 357 ꝛc. — Gaii Instit. Com. III. §. 189. „Poena manifesti furti ex Lege XII. Tabularum capitalis erat: nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat: utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres (Wer diese Juristen seyen, welche so bezeichnet werden, s. bei Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts S. 159 ꝛc.) quaerebant. — Theophilus Paraph. Lib. IV. Tit. 12. — Gellius l. c. Lib. VII. Cap. 15.

zunehmen, daß dann nach dem hausrichterlichen Recht dennoch die Tödtung habe vollstreckt werden dürfen.[68]) Zwar der Grundsatz, daß niemand wegen desselben Verbrechens mehr als einmal gestraft werden dürfe, kann nicht schon dem ältesten Recht zugeschrieben werden, und der Sklave, wenn er anders einer wurde, war freilich in jener Zeit der Willkühr des Herrn Preis gegeben, aber was durch diese geschieht, ist von der rechtlichen Ausübung des imperium domesticum wohl zu unterscheiden, und die Erlaubniß demselben rückwirkend eine Kraft für die That beizulegen, deren rechtliche Folge erst die Entstehung des Gewaltverhältnisses war, vermöge dessen überhaupt jene Strafbefugniß des Herrn möglich wurde, scheint der im Geiste jener Gesetze liegenden Beschränkung zu widersprechen.[69]) Ferner darf man, obgleich auch das

---

Serv. ad Virgil. Aeneid. Lib. VIII. v. 205. (Isidor Orig. Lib. V. Cap. 26.) Pro ingenti scelere furis nomen posuit. Capitale enim crimen apud majores fuit ante poenam quadrupli.

68) Dies meint Sanio Observat. ad Legem Cornel. de sicariis. Regimontii 1827. P. 26.

69) S. oben Not. 67. u. Meine Comm. a. a. O. § 40. wo bei jedoch gezeigt ist, wie wenig bei der Art, wie früher überhaupt Sklaven behandelt wurden, diese Unterschiede festgehalten wurden, und mehr ein Gewalt- als ein Rechts-Verhältniß statt fand. Ich glaube auch meine Ansicht noch durch Folgendes unterstützen zu können: Die ursprüngliche Berechtigung zur Selbst-Rache findet zwar eine Zeitlang, neben der sich nur allmählig bildenden öffentlichen Straf-Rechtspflege statt, aber gewiß nicht so, daß beide in denselben Fall neben einander vorkommen. Es wäre, abgesehen von den bereits erwähnten Gründen, ein eigner und recht grausamer Umweg, wenn der Verletzte den betretenen nächtlichen Dieb, den er tödten dürfte, erst nur gefangen nehmen, ihn der öffentlichen Gerechtigkeit übergeben, geisseln und sich rechtlich zusprechen ließe, um ihn dann hinterher umzubringen. Selbst wenn man annimmt, daß die bei Gaius (Note 67.) angeführte Controverse der veteres, ob der Dieb dadurch servus oder adjudicati loco würde, sich noch nicht auf die XII. Tafeln beziehe, so folgt doch nicht die Richtigkeit jener Behaup-

prätorische Edict den Unterschied des furtum manifestum und nec manifestum, den die XII. Taf. aufstellen, beibehält, und den Urheber des ersten strenger verfolgen läßt, doch bei dem fur, dessen Tödtung erlaubt war, nicht an die spätere Erweiterung des Begriffs des furtum denken, welche nur in Verbindung mit dem ausgebildeten Klage-System, und mit der Frage, gegen wen der Verletzte eine Klage anstellen dürfe, erklärt werden kann.[70])

Wie man auch die Sache betrachtet, es wird sich die Bestimmung der XII. Taf. nur auf den Fall des furtum rei im engern Sinne beziehen lassen. Aber auch eines größern Umfanges des Begriffs des fur ist hier zu gedenken, daß nehmlich der praedo und latro hierher gehört, und her, welcher später Räuber ist, was sich aus dem doppelten Grunde ergiebt, daß ursprünglich, wo die Begriffe weniger scharf geschieden wurden, der welcher vi bona rapuit als fur behandelt wurde, bis später eine eigene vi bonorum raptorum actio eingeführt wurde[71]) und an-

---

tung. Auch möchte ich nicht den von mir selbst oben angeführten Zusammenhang der deditio mit der vindicta privata als Argument brauchen, was vielleicht geschehen könnte, obgleich es meines Wissens noch nicht der Fall war, um zu zeigen, daß gerade, wie die deditio den Verletzten in den Stand setze, an dem Uebergebenen Rache auszuüben, so hier das addicere und das Verfallen in die Sklaverei dasselbe begründen. Denn diese deditio ist Surrogat eines criminalrechtlichen Verfahrens, und fällt weg, wo letzteres eintritt, aber jenes addicere ist die Folge des strafrechtlichen Verfahrens, und unverträglich mit der Rückkehr zu einem ursprünglichen Gewaltstande. (Man vergleiche damit die Lehre der noxae datio.) Mit der deditio zum Zweck der Blut-Rache hat aber der Diebstahl nichts zu thun, für den auch als solchen nicht allgemein, sondern nur bedingt die Todesstrafe eintrat, nehmlich gegen den fur manifestus der servus war.

70) Gaii Inst. Comm. III. §. 190 etc. Inst. Just. IV. 1. §. 4 etc. Dirksen Obs. ad Tab. Heracl. part. alt. P. 81. Dessen Beiträge u. s. w. P. 196.

71) Gaius l. c. §. 209. pr J. de bonor. vi raptor. act.

dere Behandlungsweise desselben, in Verbindung mit politischen Verhältnissen aufkam, und daß, wenn das geringere, die Tödtung des eigentlichen fur freistand, sie sicher auch den treffen durfte, der mehr und gefährlicher als dieser war, und gegen den nicht nur rächende Vergeltung (ultio) sondern wirkliche Schutzwehr (tuitio) begründet seyn konnte.[72]) Die Nothwendigkeit, Zeugen herbeizurufen, ist auch wohl schon in dem XII. Tafel-Gesetz ausgesprochen[73]) und muß

---

u. M. Tullii Ciceronis pro M. Tullio quae exstant cum commentariis et excursibus Ph. E. Huschke in Imman. G. Huschke Analect. literar. Lips. 1826.

72) In dem neu entdeckten Fragmente Cic. pro Tullio (S. d. vorige Note) heißt es §. 47 ꝛc. der Peyronschen Ausgabe Stuttgardt u. Tübingen 1824. — „furem hoc est praedonem et latronem, luce occidi vetant XII. tabulae.“ Ich setze sogleich die ganze lehrreiche Stelle hieher, um mich später darauf beziehen zu können: — „Atque ille legem mihi de XII. tabulis recitavit, quae permittit, ut furem noctu liceat occidere, et luce si se telo defendat. — §. 50. Furem, hoc est praedonem et latronem, luce occidi vetant XII. tabulae, cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas, nisi se telo defenderit, inquit, etiam si cum telo venerit, nisi utetur telo ac repugnabit, non occidis: quodsi repugnaverit endoplorato, hoc est conclamato, ut aliqui audiant et conveniant. Quid ad hanc clementiam addi potest? Qui ne hoc quidem permiserunt, ut domi suae caput suum sine testibus defendere liceret.“ Vgl. auch C. Beier M. Tulli Ciceronis Orationum fragmenta ined. Lips. 1825. S. 59 — 61. u. Ph. E. Huschke l. c. P. 169. 170.

73) S. die oben Note 72. angeführte Stelle Cic. pro Tullio. L. 4. §. 1. D. ad leg. Aquiliam. Not. 61. Vgl. Ueber die nun bestätigte Vermuthung von Cuiac. Obs. Lib. XX. Cap. 27. vgl. mit Cap. 38. daß der Zusatz schon den XII. Taf. angehöre, und mit denselben in Verbindung zu setzen sey: Festus l. c. sub vos placo (was er später

in der Art erklärt werden, wie es oben von dem Gebrauch gewisser Formeln bei erlaubter Selbsthülfe ausgeführt ist. Mehr aber darf man nicht fordern, namentlich nicht, daß wirklich das Hülferufen den Erfolg gehabt haben müsse, Zeugen herbeizuziehen, denn diese Bestimmung hat die Beweisführung zum Gegenstande, welche durch eine Vernachläßigung derselben erschwert, aber nicht unmöglich gemacht wird, und im schlimmsten Falle wurde dennoch damals die Tödtung des Frevlers nicht unter das Strafgesetz [74]) gezogen. Bei dem zur Tageszeit betretenen Dieb sollte nur Nothwehr gelten, [75]) welche später, als härtere Strafen gegen den Diebstahl, gegenüber der blos privatrechtlichen Seite der Ahndung verhängt wurden, [76]) das allgemeine, aber darum auch nicht mehr auf den Dieb beschränkte Princip ist, nach welchem verletzende Handlungen gegen widerrechtliche Angreifer jeder Art entschuldigt werden, [77]) weshalb denn

---

Lib. XIV. Cap. 15. zurücknahm), Dirksen l. c. P. 567. 574 u. 498. Sanio a. a. O. P. 20. Not. 8. und die daselbst angeführten B. H. Reinold de confusione Legis Corneliae de sicariis cum Aquilia §. 4. u. Anton. Schulting Not. ad Dig. ed. Smallenburg Tom. II. P. 372. Not. 3.

74) Meine Comm. l. c. §. 25. Not. 69. Sanio l. c. Not. 14.

75) S. die Note 69. und folg. mitgetheilten Stellen.

76) Besonders so fern einzelne Arten extra ordinem gestraft wurden, und auch sonst der Verletzte die Wahl hatte civiliter oder criminaliter zu klagen. L. ult. D. de furtis. D. XLVII. Tit. 11 etc.

77) S. das Fragment Cic. pro Tullio bei Ruffinianus in Apophasi (ed. Bipont. Vol. VI. P. 460) bei Peyron §. 52. — „Si quis furem occiderit, injuria occiderit. Quamobrem? quia jus constitutum nullum est. Quid si se telo defenderit? Haud injuria? Quid ita? Quia constitutum est.“ — Später werden dafür andere Argumente, aus der allgemeinen Lehre der Nothwehr, gebraucht. Vgl. L. 3. 4. 5. pr. D. ad leg. Aquiliam u. Note 78.

auch erklärlich wird, warum später die Quellen, aus denen dieses Recht abgeleitet wurde, sich nicht auf jenes specielle XII. Tafel-Gesetz beschränken, ja sogar Pomponius, wie Ulpian sagt, Bedenken trägt, demselben noch unmittelbare Anwendbarkeit zuzuschreiben, seitdem die Lex Aquilia und die Lex Cornelia de sicariis als allgemein durchgreifende Gesetze über Tödtung gelten, von denen jede Ausnahme, (daß nehmlich nicht injuria getödtet worden sey) besonders, durch den Beweis der Erfordernisse der Nothwehr, oder einer sonst gültigen Entschuldigung gerechtfertigt werden muß.[78]) Und so wie es nicht unwahrscheinlich ist, daß Paulus, wo er von der ausnahmsweise erlaubten Tödtung des nächtlichen Diebes, und des sich mit Waffen zur Wehr setzenden, am Tage betretenen Diebs, sagt, — der, welcher die Tödtung verübe, sey zwar nicht der Lex Cornelia verfallen, (hac lege non tenetur) aber es sey gerathener (melius fecerit) wenn er den Dieb der

---

78) Coll. leg. Mos. et Rom. Tit. VIII. §. 3. (Dirksen Uebersicht ꝛc. P. 571.) Ulp. (Siehe die Stelle Note 61.) „Injuria occisum esse merito adjicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet injuria id esse factum. — Proinde si furem nocturnum, quem lex XII. Tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem eaque lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat, videamus an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat num haec lex non sit in usu. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia (non) teneatur. Sin autem, cum posset adprehendere maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur. Ergo etiam lege Cornelia tenebitur. Cic. pro Milone Cap. 3. oben Note 61. L. 5. pr. L. 45. §. 4. L. 52. §. 1. D. ad leg. Aquil. Paul. sent. recept. Lib. V. Tit. 23. §. 8. L. 9. D. (Note 81.) L. 2. §. 4. Cod. ad leg. Corneł. de sicariis.

Obrigkeit überantwortet,[79]) sich auf irgend ein kaiserliches Rescript bezieht, welches den Zweifel veranlaßt, ob jenes Gesetz praktisch sey,[80]) wenn er keine andere, als eben diese Bestimmung zu seiner Entschuldigung anführen könne, — so sagt Ulpian ausdrücklich, daß diese Tödtung nur unter der Voraussetzung straflos sey, wenn der Angegriffene ohne eigne Gefahr das Leben des Gegners nicht schonen konnte.[81]) Praktisch ist also im spätern Römischen

---

79) Paul. sent. recept. Lib. V. Tit. 23. §. 9. Collat. leg. Mos. et Rom. Tit. VII. §. 2. (Note 61.) — „Si quis furem nocturnum vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenetur: sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad Praesidem magistratibus obtulerit.“ Uebrigens schließt das hac (sc. Cornelia) lege non tenetur, nicht eine Zulässigkeit einer außerordentlichen Strafe aus, und ist also nicht so viel als das impune feret der L. 9. D. ad leg. Cornel. de sicar. Vgl. Note 81. und die bei Santo a. a. O. Note 57. angeführte Stellen: L. 7. D. ad leg. Cornel. mit Paul. sent. recept. Lib. V. Tit. 23. §. 12. — L. 13. §. 1. D. ad leg. Cornel. de falsis mit Coll. leg. Mosaic. et Rom. Tit. IV. §. 3. 10. L. 32. pr. L. 38. §. 8. D. ad Leg. Jul. de adulter. mit L. 4. Cod. eod.

80) Diese Ansicht von Santo a. a. O. P. 32. und Note 42. hat viel für sich. Das melius fecerit heißt dann, er hätte, um sicher zu seyn, keine Strafe verwirkt zu haben, besser gethan, wenn er ꝛc. Vgl. Paul. l. c. lib. V. Tit. 23. §. 18. und Coll. leg. etc. Tit. XV. §. 2. L. 1. Cod. ad leg. Cornel. de sicariis (Imp. Antoninus). „Frater vester rectius fecerit, si se Praesidi provinciae obtulerit. Qui si probaverit non occidendi animo hominem a se percussum esse etc. Vgl. damit Coll. Tit. I. §. 8. und Dirksen's Versuche ꝛc. P. 51. Brisson. de Verb. Signif. v. melior u. recte.

81) L. 9. D. ad leg. Cornel. de sicariis. Ulp. lib. 37. ad Edictum. — Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.“

Recht auf den Grund der neuen Gesetzgebung und Doktrin über das Verbrechen der Tödtung, jener Satz nicht mehr, und es bleibt, wie gesagt, nur die Nothwehr übrig.[82]) Wir werden daher auch zu dem Resultat kommen, daß, so fern das einheimische Recht in dieser Lehre, wie später zu zeigen ist, lediglich aus dem Römischen zu erklären ist, es falsch sey, wenn man auch jetzt von einer unbedingten Befugniß der Tödtung des Nachts im Hause betroffenen Diebes spricht.[83])

Wir finden also, daß durch den historischen Entwickelungsgang das Princip, welches ursprünglich zu Grunde lag, in ein anderes übergeht, so daß die Stelle im System, die nach dem frühesten Recht diesem Falle gebührt, vom Standpunkt des spätern aus, nicht mehr richtig ist, und daher für eine blos praktisch-dogmatische Darstellung dieser Fall lediglich unter die Anwendungen der Nothwehr, also auch unter deren Bedingungen gestellt werden muß.[84])

Auf den wahrscheinlichen ursprünglichen Zusammenhang dieser Stelle, die mit Recht von den Compilatoren in den Titel ad leg. Cornel. de sicar. aufgenommen ist, mit L. 50. D. de furtis (auch von Ulp. Tit. 37. ad Edictum) macht aufmerksam: Sanio a. a. O. P. 34. (Vgl. Cuiac. obs. lib. XIV. Cap. 15. und Comm. in Tit. D. de Just. et Jure ad leg. 3.) Ueber die abweichenden Meinungen Anderer, besonders Noodt's und Schulting ꝛc. S. daselbst Note 53. 54.

82) S. Note 78. und L. 1. Cod. quando liceat unicuique sine judice se vindicare mit der Quelle L. 2. Theod. Cod. ad leg. Cornel. de sicariis und dazu Jacob Gothofred im Commentar.

83) Z. B. Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechtes in den frühern Ausgaben, was jetzt §. 322. verbessert ist. S. dagegen meine Bemerkungen in der Note 2. angef. Abhandlung.

84) Vgl. überhaupt Sanio a. a. O. P. 29 ꝛc. besonders auch rücksichtlich der ältern Literatur. s. über das spätere Postjustinianische Recht. Basilicor. lib. LX. Tit. 12. bei Fabrot. Tom VII. P. 302. und die Schol. P. 353. (entsprechend L. 54. §. 2. D. de furtis und L. 4. Cod. ad leg. Cornel. de sicariis) Harmenop. lib. VI. Tit. 15. §. 3.

Vom Ehebrecher.

Ueberhaupt.

§. 29.

Wenden wir uns nun zu dem zweiten der oben genannten Fälle, der Tödtung des betretenen Ehebrechers und der Ehebrecherin. Denn auch letztere kommt hier in so fern in Betracht, als sie, so fern vom Vater das jus occidendi gegen erstern ausgeübt wird, mitgetödtet werden soll.

Was zuerst den allgemeinen Grund dieser Tödtung betrifft, so ist bereits sein Unterschied von der Nothwehr erwähnt, und insbesondere gehört dieser Fall nicht in die Klasse der pudicitiae causa verübten tödtlichen Handlungen gegen den der sich des frevelhaften Angriffs schuldig gemacht hat. Die Voraussetzung des Betretens bei der ahndungswürdigen Handlung (ἐν ἔργῳ)[85] zeigt schon, daß hier eine Wehr zur Abwendung einer erst drohenden Gefahr nicht statt finde, eben so wenig ist hier die Rede von der Vertheidigung der Person, welche hier vielmehr als Mitschuldige erscheint, und nach den Gesetzen und Sitte auch als solche behandelt wird, indem der Vater die Tochter tödten darf, ja muß, wenn er den adulter umbringt, der Mann aber, wenn er nicht die Strafe des lenocinium auf sich laden will, die Frau sofort entlassen, und anklagen soll.[86] Es

85) L. 23. pr. D. ad leg. Jul. de adult.

86) L. 2. §. 2. 6. L. 29. D. ad leg. Jul. de adulteriis. Paul recept. sent. Lib. II. Tit. 26. §. 8. Vgl. mit L. 37. §. 1. 6. D. de Minoribus. Coll. leg. Mosaic. et Rom. Tit. IV. §. 3. 12. Ueber das später sich hier äußernde Princip einer Bestrafung (dieser Art des lenocinium als quasi adulterium) von Amtswegen, auch ohne eine Veranlassung durch eine accusatio s. Bieners Beiträge zur Geschichte des Inquisitions-Prozesses S. 15. und Meine Betrachtungen in den Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik. 1827. S. 980 ff.

ist hier also, abgesehen davon, daß die weibliche Schuldige auch dem Hausgericht verfallen war, [87]) gegen den Ehebrecher (alienarum nuptiarum temerator) [88]) eine unmittelbare Privat-Rache, wegen der größten, dem sittlichen, ehelichen und häuslichen Verhältniß angethanen Schmach, begründet. Die schon im ältesten Römischen Recht herrschende Ansicht von der Würde der Ehe, der Heiligkeit der Rechte des Ehemanns, der Schändlichkeit der Verletzung derselben, durch die Frau und die sich mit ihr vergehende Mannsperson, [89]) scheinen es außer Zweifel zu setzen, daß das uralte,

---

87) Meine Com. de antiquiss. Rom. jure crim. §. 37. und Note 116 — 121. und die daselbst angeführten Belege aus den juristischen und andern Klassikern.

88) Burchardi über die Strafe des Ehebruchs im neuen Archiv des Crim. Rechts VIII. Bd. 2. St. S. 212.

89) Liv. hist. lib. I. Cap. 58. Valer. Max. VI. 3. §. 1. Hoffmann ad leg. Jul. de adulteriis lib. singul. in Fellenberg jurisprud. antiqua Tom. I. P. 117 etc. Barn. Brisson. lib. sing. ad leg. Jul. de adult. in dessen opp. min. ed. Trekell. Lugd. Batav. 1747. Fol. P. 177. C. Wächter Ueber die Ehescheidungen bei den Römern. Stuttgard 1822. Von ältern Dissertationen habe ich folgende zu lesen Gelegenheit gehabt: Joh. Zeithopf Diss. juridica de jure occidendi prehensum in adulterio filiae et uxoris quatenus patri et marito competit. Lipsiae 1640. recusa 1701. und Desselben Tractatus juridicus de jure occidendi prehensum in adulterio quatenus patri et marito competit. Lipsiae 1667. — Carl Andreas Burchard Diss. jurid. de marito justo adulterii punitore. Vitembergae 1735. Dagegen Herrm. Dan. v. Büren De praejudicio principum imperii ex usu juris occidendi adulterum privatis in Germania perperam asserti. Rintelii 1733. — Vgl. Wächters Lehrbuch §. 214. Note 69. Dieser, dem, wie es aus der Note erhellt, nur die zweite der angeführten Abhandlungen von Zeithopf bekannt war, bemerkt zwar richtig,

früher in größerer Unbeschränktheit vorkommende Recht der Privat-Rache, auch wegen dieser Unbill längst bestanden habe, und nicht der Zeit zugeschrieben werden kann, aus welcher sich die ersten uns bekannten quellenmäßigen Zeugnisse finden. 90) Was die Zeit betrifft, aus welcher diese vorhanden sind, so wird vielmehr nach dem natürlichen Bildungsgang, und nach den Grundsätzen, von denen bisher schon mehrmals Gebrauch bei dieser Untersuchung gemacht worden ist, ihr eine Milderung und Einschränkung der ältern Bestimmungen zugeschrieben werden müssen, und der Beweis selbst läßt sich unmittelbar aus den Bedingungen führen, welche das spätere Recht aufstellt, deren Zweck auf eine indirekte-Aufhebung einer Befugniß berechnet war, die man geradezu nicht aufheben konnte, ohne dadurch, bei dem längst herrschend gewordenen laxen Ansichten über dieses Vergehen, und dem Charakter desselben, der Sittlichkeit der Bessern zu nahe zu treten, wie unzweifelhaft die bestimmteren Angaben, die Voraussezzungen, aber auch die Grenzen jenes Rechtes, in der Lex Julia de adulteriis, zugleich mit bezweckten, bei Allen die Verwerflichkeit der That recht augenscheinlich darzustellen, und allgemeinere Mißbilligung derselben zu befestigen. Wäre die Tödtungs-Befugniß nicht eine hergebrachte gewesen, so hätte es weder im Geiste noch im Interesse jener Zeit und Gesetzgebung liegen können, sie erst für diesen Fall einzuführen, aber unter dieser Voraussetzung er-

---

daß die zweite nicht, wie manche geglaubt haben, einen verschiedenen Verfasser von dem der ersten habe, vielmehr ist sie wirklich eine Umarbeitung der ersten, aber allerdings eine solche, die, wie die mir möglich gewordene Vergleichung leicht es gestattet, als eine neue selbstständige Abhandlung anzusehen. Die Frage, wie man auch aus den andern von mir angeführten Schriften ersieht, muß damals praktischer gewesen seyn, als später. — Bei Burchard wird P. 1. eine Dissertation von Albertus Riperus de injusta in homicidas indulgentia 1714. erwähnt.

90) Meine angef. Comment. §. 15. Note 59.

klärt sich Beides, sowohl die ausführliche bestimmte Angabe dieses Rechts, welches ein wesentlicher Theil der ganzen umfassenden Gesetzgebung war, von welcher, im Zusammenhang mit andern Anordnungen, so viele heilsame Wirkungen erwartet wurden, als auch die der besondern Erfordernisse des rechten Gebrauchs derselben, die von den Juristen in der Folge noch sorgfältiger hervorgehoben, und mit einer Art Casuistik durchgeführt wurden.

Während nun bei dem früher betrachteten Rechte der Tödtung des handhaften Diebes, von den bestimmten Worten der Zwölf-Tafel-Gesetze ausgegangen, und die Untersuchung auf das neuere Recht hingeleitet werden konnte, in welchem zuletzt jener Fall, nur als eine von mehrern Anwendungen eines ganz andern Princips erschien, so ist umgekehrt hier der Inhalt der Lex Julia de adulteriis zum Mittel- und Ausgangs-Punkt der Erörterung zu machen, von welchem auf das frühere Recht mehr nur zurückgeschlossen werden kann, wobei aber theils die Beschaffenheit des ältern Rechts, theils die Analogie des erwähnten fur nocturnus, und überhaupt der bei einem delictum manifestum betretenen Frevler als Anhalts-Punkte gebraucht werden können.[91])

Nähere Bestimmungen.

Gemeinschaftliche für den zur Selbst-Rache Berechtigten.

§. 30.

Die in die Justinianische Compilation[92]) auf-

91) Sanio a. a. O. P. 50 ꝛc.

92) Ueber das frühere Recht sind wir ohne genauere Nachrichten. Paulus libro singulari de adulteriis in der Coll. leg. Mos. et Rom. Tit. IV. §. 2. — „Et quidem primum caput legis Juliae de adulteriis prioribus legibus pluribus abrogat.“

genommenen Bestimmungen sind folgende: 92)

Zu diesen ältern rechnet man diejenigen, welche auf die Autorität von Dionys von Halicarniß lib. II. Cap. 25. u. Plutarch in Romul. Cap. 22. unter die unzweifelhaften legis Romuleae gezählt worden sind. Vgl. Meine angef. Comment. de ant. Rom. jure crim. §. 37. und die daselbst Note 117 — 122. mitgetheilten Quellen-Belege. Dirksen. Versuche zur Kritik und Auslegung ꝛc. S. 296 — 300. woraus man ohne Grund auch ein Zwölf-Tafel-Fragment gemacht hat, was schon frühere Recensenten als unkritisch verworfen haben. S. besonders Dirksen's Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. P. 229 ꝛc. 231. Auch die Fiktion einer durch Sulla (Plutarch in dessen Biographie) veranlaßten Lex Servilia u. 674. welche über jene Tödtungsbefugniß etwas enthalten habe, von Hoffmann in der oben Note 89. erwähnten Abhandlung, ist ohne Grund. Aber das ist gewiß, wie auch Sanio a. a. O. P. 48. ausführt, daß die Sitte und Volks-Ansicht wenigstens jene Verbrechen stets im höchsten Grad mißbilligte, und außer spätern Gesetzen, welche Unsittlichkeiten aller Art rügten, nachdem diese in der Zeit des allgemeinen Sittenverderbnisses gegen das Ende der Republick so sehr überhand nahmen, (Vgl. Liv. lib. I. Cap. 58. XXXIX. Cap. 8. Valer. Max. VI. 1. §. 1. 7. VIII. 1. §. 12. Cicero Philipp. II. Cap. 18. pro Coelio Cap. 11 etc. Sallust. Catil. Cap. 13. Sanio Note 33 ꝛc.) finden sich auch Zeugnisse, daß Väter und Ehemänner die betretenen Ehebrecher, nach uraltem anerkanntem Rechte, ums Leben gebracht, und auch die weibliche Schuldige selbst bestraft haben. Val. Max. XVI. Cap. 1. Gellius Noct. Attic. lib. X. Cap. 23. vgl. mit Horat. Serm. II. 7. v. 53 etc. Quinctil. Institt. orat. Liv. lib. III. 48. Cic. de republ. II. 7. P. 204. der oben Note erwähnte Ausgabe. Meine Comm. §. 37. Note 118. Erst die Lex Julia de adulteriis stellte aber genauere Bestimmungen auf. Dasselbe Recht will man ableiten aus den Sprüchen Salomonis V. 26 — 35. vgl. mit 4. Buch Mos. V. 12 ꝛc.

93) Die Hauptstellen mögen hier im Zusammenhang einen Platz finden, um damit zugleich die Ausführungen zu geben, welche zur Ersparung des Raumes im Texte nicht weiter ausgeführt sind: L. 20. D. ad leg. Jul. de adulteriis.

Das Recht den betretenen Ehebrecher zu tödten steht nur zu

1) Dem Ehemann.

Papinianus libro I. de adulteriis. „Patri datur jus occidendi adulterum cum filia, quam in potestate habet. Itaque nemo alius ex parentibus idem jure faciet, sed nec filius familias pater. L. 21. eod. Ulpianus libro I. de adulteriis. — Sic eveniet ut nec pater, nec avus possint occidere. Nec immerito: in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis. L. 22. eod. Papinianus libro I. de adulteriis. — Nec in ea lege naturalis ab adoptivo pater separatur. §. 2. Jus occidendi patri conceditur domi suae, licet ibi filia non habitet, vel in domo generi. Sed domus et pro domicilio accipienda est, ut in lege Cornelia de injuriis. §. 3. Sed qui occidere potest adulterum, multo magis contumelia poterit jure afficere. §. 4. Ideo autem patri, non marito et omnem adulterum permissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit, ceterum mariti calor et impetus facile decernentis, fuit refrenandus. L. 23. Ulpianus libro I. de adulteriis. — Quod ait lex: Cum in filia adulterum deprehenderit, non ótiosum videtur, voluit enim ita demum hanc potestatem patri competere, si in ipsa turpitudine filiam cum adultero deprehendat. Labeo quoque ita probat, et Pomponius scripsit: in ipsis rebus Veneris deprehensum occidi. Et hoc est, quod Solon et Draco dicunt: ἐν ἔργῳ. §. 1. Sufficit patri, si eo tempore habeat in potestate, quo occidit, non quo in matrimonium collocavit, finge enim postea redactam in potestatem. §. 2. Quare non ubicumque deprehenderit pater, permittitur ei occidere, sed domi suae generive sui tantum, illa ratio redditur, quod majorem injuriam putavit legislator, quod

a) Dem Vater, rücksichtlich der entweder in seiner Gewalt befindlichen Tochter, oder derjenigen, welche aus

---

in domum patris aut mariti ausa fuerit filia adulterum inducere. §. 3. Sed si pater alibi habitet, habeat autem et aliam domum, in qua non habitet, deprehensam illo filiam, ubi non habitat, occidere non poterit. §. 4. Quod ait lex: In continenti filiam occidat, sic erit accipiendum, ne occiso hodie adultero reservet et post dies filiam occidat, vel contra, debet enim prope uno ictu et uno impetu utrumque occidere, aequali ira adversus utrumque sumta. Quodsi non affectavit, sed dum adulterum occidit, profugit filia, et interpositis horis adprehensa est a patre, qui persequebatur, in continenti videbitur occidisse. L. 24. eod. Macer libro I. Publicorum. — Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patri. Nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suae non etiam soceri, in adulterio uxoris occidere eum, qui leno fuerit, quive artem ludicram fecerit, in scenam saltandi cantandive causa prodierit, judiciove publico damnatus, neque in integrum restitutus erit, quive libertus eius mariti, uxorisve patris, matris, filii, filiae utrius eorum fuerit (nec interest, proprius cuius eorum, an cum alio communis fuerit) quive servus erit. §. 1. Et praecipitur, ut is maritus, qui horum quem occiderit, uxorem sine mora dimittat. §. 2. Ceterum sui juris, an filius familias sit maritus, nihil interesse, a plerisque dictum est. §. 3. Illud in utroque ex sententia legis quaeritur; an patri magistratum occidere liceat? item si filia ignominiosa sit, aut uxor contra leges nupta, an id jus nihilo minus pater marituve habeat? et quid si pater marituve leno, vel aliqua ignominia notatus sit? Et rectius dicetur, eos jus occidendi

ſeiner Gewalt, und mittelſt eines Actes derſelben (eo sc. patre, auctore) in die eheliche Gewalt (manus) ihres Gatten übergegangen war.

---

habere, qui jure patris maritive accusare possunt.“ Hiermit ſind zu verbinden die Stellen von Paulus sent. rec. lib. II. Tit. 26. de adulteriis: §. 1. Capite secundo legis Juliae de adulteriis permittitur patri, tam adoptivo quam naturali, adulterum cum filia, cuiuscunque dignitatis domi suae, vel generi sui deprehensum sua manu occidere. §. 2. Filiusfamiliae pater si filiam in adulterio deprehenderit, verbis quidem legis prope est, ut non possit occidere: permitti tamen ei debet, ut occidat. §. 4. Maritus in adulterio deprehensos non alios, quam infames, et eos, qui corpore quaestum faciunt, servos etiam, excepta uxore, quam prohibetur, occidere potest. §. 5. Maritum, qui uxorem deprehensam cum adultero occidit, qui hoc impatientia justi doloris admisit, lenius puniri placuit. §. 6. Occiso adultero dimittere statim maritus debet uxorem, atque ita triduo proximo profiteri, cum quo adultero, et in quo loco uxorem deprehenderit. §. 7. Inventam in adulterio uxorem maritus, ita demum occidere potest, si adulterum domi suae deprehendat. Ferner Coll. leg. Mos. et Rom. Tit. IV. §. 2. (Vgl. oben Note 92.) — Secundo capite permittit (Lex Julia de adulteriis) pater (patri ſ. überhaupt über die Berichtigung des Textes die Noten zu dieſer Stelle in der Berliner Ausgabe des Jus civile Antejustinianeum und die Citate daſelbſt) filias suas, quas in potestate habet, ut in eas, quae (eo) auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit, adulterum domui suae generive sui deprehenderit, in quam eam rem socerum adhibuerit, ut is pater cum adulterum sine fraude occidat, ita ut filiam in continenti occidat. Invidia (al. in vidua oder invita, Conjectur von Lydemann, bei Biener's Ausgabe. Vgl. überhaupt die

Gemeinschaftlich ist bei Beiden das Erforderniß, daß die Betretung an einem Orte erfolge, dessen Heiligkeit ein

---

Citate bei Sanio P. 41. Note 5.) autem filia qui adulterum deprehensum occiderit, et in continenti filiam, licito jure hoc factum Marcellus libro XXXI. Digestorum scribit. Auctoritate quoque pater posse interficere vel cons. virum vel patronum suum (al. schlagen vor: vel consularem vel praetorium, si eum der Berliner Ausgabe Note g.) in filiam adulterum deprehenderit, eodem libro Marcellus probat. Sed si filiam non interfecerit, sed solum adulterum, homicidii reus est. Sed intervallum (al. si ex intervallo) filiam interfecerit, tantundem est, nisi persequatur (persecutus) illum interfecerit; continuatione enim animi videtur legis auctoritatem fecisset. (!) §. 1. Certae autem enumerantur personae, quas viro liceat occidere in adulterio deprehensa uxore, quamvis uxorem non liceat. Ergo secundum leges viro etiam filio familias permittitur etiam domi suae deprehensum adulterum interficere servum, et eum, qui auctoramento rogatus est ad gladium, vel etiam illum, qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit. Sed et judicio publico damnatum licere interficere in adulterio deprehensum, vel libertinum, vel suum, vel paternum, et tam civem Romanum, quam Latinum. Sed et patris et matris, filii et filiae libertum permittitur occidere: quo loco et deditius habetur. Debet autem profiteri apud eum, cuius jurisdictio est eo loco (et locum) ubi occidit, et uxorem dimittere. Quod si non fecerit, impune non interficit. Sciendum est autem divum Marcum et Commodum rescripsisse, eum qui adulterum inlicite interfecerit, leviori poena puniri. Sed et Magnus Antoninus pepercit eis, qui adulteros inconsulto calore ducti interfecerunt. §. 6. — In uxorem adulterium vindicatur jure ma-

besonderer Abhaltungsgrund für die Schuldigen seyn sollte, und dessen Mißbrauch den gerechten Zorn vorzugsweise her-

---

riti, non etiam sponsam. Severus quoque et Antoninus ita rescripserunt. §. 7. Papinianus libro singulari de adulteriis. — Quaerebatur, an pater emancipatam filiam jure patris accusare possit. Respondit: Occidendi quidem facultatem lex tribuit, eam filiam, quam habet in potestate, aut eo auctore in manum convenit, sed accusare jure patris ne quidem emancipatam filiam pater prohibetur. §. 8. Pap. — Cum patri lex Regia dederit in filiam vitae necisque potestatem, quod bonum fuit lege comprehendi, ut potestas fieret etiam filiam occidendi, vellem mihi rescribere: nam scire cupio. Respondit. Numquid ex contrario praestat nobis argumentum haec adjectio, ut non videatur lex non habenti dedisse, ut videatur maiore aequitate ductus, adulterum occidisse, cum nec filiae pepercerit. §. 9. Pap. Si pater, qui adulterum occidit, et filiae suae pepercit, quaero quid adversus eum sit statuendum? Respondit. Sine dubio iste pater homicida est. Igitur tenebitur lege Cornelia de sicariis. Plane si filia non voluntate patris, sed casu servata sit, non minimam habebit defensionem pater, quod forte filiam (Emendationsversuche a. a. O. Not. z.) Nam lex ita punit homicidam, si dolo malo homicidium factum fuerit. Hic autem pater non ideo servavit filiam, quia voluit, sed quia occidere eam non potuit. §. 10. Pap. Si maritus uxorem suam in adulterio deprehensam occidit, an in legem de sicariis incidit, quaero. Respondit. Nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur. Quare ea parte contra legem fecisse eum non dubitantur non ambigitur. (Vgl. die Berliner Ausgabe Not. b — d.) §. 12. S. oben die Stelle aus Paul. sent. lib. II. Tit. 26. Gellius X. 24. Vgl. Senec. Controv. I. 4. und IV. 24. Nov. Con-

vorrufen und steigern muß — im Hause nehmlich, dem Sitze des Friedens und sittlichen Vertrauens.[94])

Es ist aus der Natur des Familien-Verhältnisses leicht erklärbar, warum dem Ehemann diese Befugniß nur rücksichtlich seines Hauses, dem Vater aber, sowohl rücksichtlich seines Hauses, als auch desjenigen seines Schwiegersohnes eingeräumt ist. In beiden Fällen liegt aber wohl in der Voraussetzung dieses örtlichen Verhältnisses eine früher nicht bekannte Beschränkung. Wenigstens läßt sich bei dem Mangel früherer Zeugnisse, aus dem Umstand, daß die Befugniß der Tödtung des nächtlichen Diebes schon früh, auf dessen Betretung im Hause beschränkt war, schwerlich eine Analogie für diese auf ganz andern Gründen beruhende Tödtungsbefugniß annehmen.[95]) Eben so sollen beide die Tödtung sofort vornehmen, denn nur wenn dieses in der ersten unmittelbaren Regung des gerechten Affekts geschieht, nicht, wenn eine längere Zeit verstrichen war, welche dem Gekränkten die Möglichkeit ruhigerer Ueberlegung ließ, und ihn veranlassen konnte, die Schuldigen der Strafgerechtigkeit zu überliefern,

---

stit. Maioriani. De adulteriis (Leo et Maiorian. a. 459.) Juvenal. Satyr. X. 311.

94) L. 8. §. 1. D. ad leg. Jul. de adulteriis. Papinianus libro II. de adulteriis. — Appellatione domus habitationem quoque significari, palam est. Vgl. L. 22. §. 2. D. eod. (Pap.) Not. 93.

95) Die L. 22. §. 2. D. cit. beruft sich ausdrücklich auf den Sprachgebrauch der Lex Cornelia de injuriis und L. 22. §. 2. (Not. 93.) stellt es als schwerere injuria auf, daß die Treulose gewagt, den Buhlen in ihres Vaters oder Mannes Haus einzuführen. — L. 5. §. 2. D. de injuriis XLVII. 10. Ulp. Domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium. Quare sive in propria domo quis habitaverit, sive in conducta, vel gratis, sive hospitio receptus, haec lex locum habebit. Vgl. über das Attische Recht Meier und Schömann a. a. O. S. 308. 327 ꝛc.

ſoll dieſe Handlung nicht unter den Geſichtspunkt ſtrafbarer Tödtung fallen. Wir finden hier die Anwendung eines tiefern Princips, welches, wenn es zur Entſchuldigung dienen ſoll — nehmlich der Zuſtand des Affekts, der auch in allen neuen Geſetzgebungen, wenigſtens als Grund milderer Beurtheilung, anerkannt iſt — auf der andern Seite den urſprünglichen Charakter der privata vindicta bedeutend modificirt, und das ganze Verhältniß in ein anderes Gebiet hinzuführen geeignet iſt. Wie nehmlich im Zuſammenhang mit der alten Privat-Rache und Selbſthülfe wegen erlittenen Unrechts, hierin eine wichtige Beſchränkung enthalten iſt, und dieſer Affekt als ein wichtiger, die Hauptthat bedingender, und ſie begleitender Umſtand erſcheint, ſo gewinnt er eine ſelbſtſtändige Bedeutung, in einer Zeit wo wir jenes Recht der Privat-Rache ſelbſt nicht mehr begründet finden, indem er nun, als möglicher Milderungsgrund, vielleicht ſelbſt als Entſchuldigungsgrund einer an ſich ſtrafwürdigen Handlung in Betracht gezogen werden muß, was auch die Römiſchen Juriſten ſelbſt gethan haben. [96])

Beſondere.

1) Für den Ehemann.

§. 31.

Dagegen ſind wieder für jeden der beiden Berechtigten, eigenthümliche Bedingungen aufgeſtellt, welche in einer rich-

---

96) S. die Stellen Not. 93. und L. 4. Cod. ad legem Juliam de adulteriis. (Alexand.) Gracchus, quem Numerius in adulterio noctu deprehensum interfecit, si eius conditionis fuit, ut per legem Juliam impune occidi potuerit: quod legitime factum est, nullam poenam meretur. Idemque filiis eius, qui patri paruerunt, praestandum est. Sed si legis auctoritate cessante, inconsulto dolore adulte-

tigen Würdigung ihrer besondern Verhältnisse ihren Grund haben, und gleichfalls die seltenere Anwendung jener traurigen Befugniß bezweckten.

Der Ehemann darf nehmlich nur dann den Ehebrecher tödten, wenn dieser zu den viliores personae gehört,[97]) also nicht jeden Ehebrecher, während bei dem Vater diese Beschränkung wegfällt. Nimmt man nun etwa die Fälle aus, wo der Ehemann, der aus irgend einem Grunde die Frau im Verdacht mit einem Manne aus dieser Klasse hatte, und es darauf anlegte, die Schuldigen auf der That zu betreffen, so wird man zugestehen, daß eine Ausübung jenes Rechts schon deshalb seltener seyn mußte, weil, wo nicht jener Stand des Ehebrechers notorisch war, eine Herstellung der Eigenschaft, in welcher er getödtet werden durfte, sich nicht gut mit dem andern Erforderniß der augenblicklichen Racheübung vereinigen ließ. Man kann freilich einwenden, daß der Mann im Affekt auch auf die Gefahr hin, daß der Frevler nicht zu jenen Personen gehörte, die er umbringen dürfte, handeln konnte, aber man wird sich dann auch die

---

rum interemit, quamvis homicidium perpetratum sit, tamen quia et nox et dolor justus factum eius relevant, potest in exilium dari.

97) Vgl. die Stellen Not. 93. u. die Commentatoren zur Tabula Heracleensis, besonders Dirksen Obs. ad tab. Heracl. part. alt. L. 42. D. ad leg. Jul. de adult. Tit. D. de his qui not. inf. Hierher gehören auch die Sklaven, welche, wenn sie manumittirt werden, nach der Lex Aelia Sentia nur dedititiorum numero sind. Gaius Comm. I. §. 23. Auch vor Gericht wurden diese Personen, wie später die humiliores im Gegensatz der honestiores, strenger bestraft, wovon für das ältere Recht zeugen: Gell. Noct. Attic. lib. XI. Cap. 18. L. 28. §. 16. D. de poenis L. 38. §. 5. D. eod. u. für das neuere L. 1. §. 2. D. de effractoribus. L. 38. §. 8. D. ad leg. Jul. de adulteriis. L. 16. Cod. ad leg. Fab. de plagiariis; überhaupt die Titel des Cod. lib. IX. u. Cod. Theod. lib. IX.

auf das Geſetz gegründete Entgegnung gefallen laſſen müſſen, daß alsdann die Tödtung nicht zu dem ſtraſloſen gehörte.[98]) Sehr wohl überlegt iſt aber auch für den Mann das Verbot ſeine Frau mitzutödten, hinzugefügt, während im Gegentheil dem Vater die Tödtung der Tochter zur Pflicht gemacht iſt, und nur dann ſeine Handlung gegen den Ehebrecher ſtraflos iſt, wenn er ſie ſofort auch gegen die Tochter ausübte (in continenti filiam occidat — debet enim prope uno ictu atque impetu utrumque occidere, aequali ira adversus utrumque sumta.[99]) Ueberlegt nenne ich dieſe Beſtimmungen, ſo fern ſie, wie aus dem Zuſammenhang der geſchichtlichen Darſtellung erhellt, in der Abſicht gegeben waren, nicht erſt eine andere Befugniß zu begründen, ſondern eine ältere, zu deren Gebrauch leichter Gelegenheit und Neigung ſich zeigen konnten, ſo an genauere Regeln zu knüpfen, daß in dieſen ſelbſt der Grund des allmähligen Aufhörens derſelben liegen ſollte.

Die Verbindung der Eheleute iſt nicht wie die der Eltern und Kinder, die unmittelbar natürliche der Erzeugung, und Abſtammung, der Blutsverwandtſchaft, ſondern eine unter früher einander nach dieſer Rückſicht fremden Perſonen, erſt durch den Willen und die Geſinnung der Liebe und Zuneigung hervorgebrachte. Wo dieſes ſittliche Band zerriſſen iſt, wo die gegenſeitige Zuneigung fehlt, an die Stelle der ehelichen Treue der Ehebruch getreten iſt, da beſteht ſchon an ſich die Ehe nicht mehr, und da kein unmittelbares unauflösliches Band die Ehegatten mehr knüpft, ſo tritt, was auch bei der Eheſcheidung ſtatt findet, nur das Mißverhältniß der Abneigung und die mögliche Feindſchaft ein — es giebt für den Mann, der gerade in dem Weſentlichſten verletzt iſt, was die ſittliche

98) Vgl. die Not. 96. angeführte L. 4. Cod. ad leg. Jul. de adult. und die oben Not. 79. citirten Stellen.

99) S. Not. 93.

Verbindung ausmacht, keinen Abhaltungsgrund, auch an der Frau, als Mitschuldigen an seiner Beschimpfung, die Rache zu vollziehen, und es bedurfte daher eines ausdrücklichen Verbots rücksichtlich dieses Unternehmens, wodurch gewiß oft mittelbar auch die Rettung des andern Schuldigen bewirkt wurde, der doch der gesetzlichen Ahndung nicht entgehen konnte (patri, non marito, mulierem et omnem adulterum remissum erat occidere, nam mariti calor et impetus magis refrenandus videbatur.[100])

2) Für den Vater.

§. 32.

Anders ist es bei dem natürlichen Verhältnisse des Vaters. Zwar, die sittliche Liebe, die ihre unmittelbare und natürliche Grundlage in dem Verhältniß selbst hat, und später durch das Bewußtseyn ihre weitere Bestätigung erhält, kann gleichfalls fehlen, und es bedarf, auch ohne Bezugnahme auf die als Verbrechen vorkommenden Unnatürlichkeiten und Liebloſigkeiten der Blutsverwandten,[101]) keine besondere Ausführung der traurigen Fälle, wo solches Mißverhältniß zum Vorschein kommt, bei welchen auch mit Grund die Rechte anerkennen, daß, wo die sittliche Gesinnung gebricht, wenigstens auf dem gesetzlichen Wege so viel als möglich, die Anerkennung bewirkt werden müsse, die dem Verhältniß an sich gebührt.[102]) Aber, jenes natürliche Band, und das

---

100) L. 22. §. 4. D. ad leg. Jul. de adult.

101) Kinder- und Aeltermorde, überhaupt Verwandtenmord. Tit. D. ad leg. Pompei. de parric. Injurien gegen Aeltern. Mein System der Criminal-R. B. §. 262.

102) Dahin gehören die gesetzlich ausgesprochene Alimentations-Pflicht, die gesetzlichen Enterbungs-Ursachen ꝛc.

damit in Beziehung ſtehende Gefühl vermag in der Regel doch nicht ganz zerriſſen zu werden, und es äußert ſich oft ſelbſt dann wirkſam, wenn auch durch Schuld der dem väterlichen Herzen nahe ſtehenden Kinder, ſeine Geſinnung gegen ſie, oder vielmehr ihr Betragen, eine mißbilligende ſeyn muß. Leichter kann alſo der Vater, rückſichtlich deſſen der Ehebruch der Tochter einen ganz andern Charakter hat, als im Verhältniß zu dem Manne, geneigt ſeyn, nachdem er den ertappten Verführer ſeinem gerechten Zorn geopfert, und dieſen befriedigt hat, der Stimme der nie ganz zu unterdrückenden Gefühle, Gehör zu geben, und ſeine Tochter ſchonen wollen. Vielleicht möchte dieſes ſogar beſſer ſcheinen, nur eine, als zwei Tödtungen zu veranlaſſen, allein um beide zu erſchweren, hat das Geſetz nicht dieſe, oder die eine oder andere nur erlaubt, ſondern an die eine erlaubte, die andere als gebotene geknüpft, wiewohl auch hier die eine Abweichung von dem Geſetze entſchuldigenden Umſtände nicht unberückſichtigt geblieben ſind. [103])

Vergleichung beider Fälle.

§. 33.

Wir gedachten ſo eben des verſchiedenen Charakters, den die unſittliche Handlung der Frau, im Verhältniß zu dem Ehemanne, und den ſie dem Vater gegenüber hat. Eine nähere Erörterung wird dieſes, und die Gründe des Geſetzes, zugleich mit ihren geſchichtlichen Grundlagen beſſer ins Licht ſtellen. Es iſt bekannt, daß ſchon in dem älteſten Recht der Römer, (wie auch bei andern Völkern) der Ehebruch vorzugsweiſe als eine Verletzung des Rechts des Mannes angeſehen, daher die Frau als der ſtrafbare Theil betrachtet wurde, welche mit einem andern Manne, (ohne Unterſchied, ob dieſer ſelbſt in einer Ehe lebte oder nicht) das Verbrechen

103) S. Not. 93.

verübte, wogegen umgekehrt der Mann, im Verhältniß zur Frau, eines Ehebruchs nicht schuldig wurde.[104]) Die Ahndung der Schuld fällt daher von Seiten des Mannes gegen die Frau, so fern sie in der strengen Ehe lebt, (in manu erat) zwar rücksichtlich der Form unter die hausrichterliche Gewalt, die dem Vater zusteht,[105]) aber ihrem Inhalt nach ist sie von der Strafe die der Vater anwendet, völlig verschieden. Je mehr sie nach dem oben Bemerkten die Eigenschaft der Rache annehmen konnte, desto mehr war es Bedürfniß sie einzuschränken, und zugleich die gegen den männlichen Mitschuldigen nicht leicht und nicht zweckmäßig ganz zu verbietende Selbstgenugthuung durch nähere Erfordernisse in einen engern Kreis der Zulässigkeit zu bannen. Denn wo in der Gesinnung des Verletzten schonende Rücksichten schwieriger sich geltend machen, da muß die gesetzliche Anordnung ergänzend eingreifen. Allemal ist es mehr der subjektive Gesichtspunkt, von welchem aus der Mann verfährt, eine Rücksicht, die schon an sich bestimmt ist, unterzugehen, um einer höhern Platz zu machen, und nur theilweise, wo sie letzterer widerspricht, geduldet und nachgesehen werden, aber nicht eine selbstständige Geltung behaupten kann. Rücksichtlich des Vaters kommt aber gleich anfangs die mehr objektive Seite der Strafe, statt der einer Racheübung, in Betracht. Was die Uebelthat des Schuldigen betrifft, welches Standes er auch seyn möge, sie unterliegt als Haupttheilnahme an der Schuld der Tochter, derselben Ahndung welche über letztere verhängt wird, und die der Vater auch in der gebräuchlichen Form der häuslichen Strafgerichtbarkeit ausüben durfte. Hier ist es nicht der gerechte Schmerz wegen Verletzung seines heiligsten Rechtes, wie bei dem Ehemann, es ist nicht die Rache, — es ist vielmehr das tiefe Gefühl

104) Mein System §. 286.

105) Meine Comm. de ant. Rom. jure crim. §. 33 etc. 37.

der Unſittlichkeit und Verworfenheit, welches einen Vater als Richter ſeiner Tochter bewegt, wenn er nicht dem Staat das Urtheil überläßt; hiernach darf er, wenn er über den Ehebrecher ſelbſt richten will, nicht eine, mit ſeinen Grundſätzen im Widerſpruch ſtehende mildere Anſicht rückſichtlich der Untreuen eintreten laſſen, wie ſehr ſich auch ſein Gefühl gegen jene Anſicht der auf beiden Seiten gleichen ſittlichen Verſchuldung ſträuben möge. Fühlt er ſich hierzu nicht berufen, will er ſelbſt das richterliche und vollſtreckende Amt nicht ausüben, ſo enthält er ſich billig auch deſſelben gegenüber dem männlichen Mitſchuldigen, und ſo iſt es vollkommen dem nothwendigen Unterſchiede dieſer Verhältniſſe entſprechend, daß dem Vater geſtattet, ja geboten iſt, was dem Ehemann nicht eingeräumt werden durfte. Es iſt eine ſo tiefe praktiſche Einſicht, welche hier die entgegengeſetzten Beſtimmungen als zu einem Ziele der nothwendigen Beſchränkung führend, verbunden hat, daß man um ſo mehr darauf aufmerkſam machen darf, je mehr man bei den geſchichtlichen Betrachtungen wahrnimmt, daß man ſich bemüht, überall nur Aehnlichkeiten oder Gleichheiten aufzufinden, während es eben ſo wichtig und nothwendig iſt, die Unterſchiede zu zeigen, aber deren Gründe ſelbſt, als weſentliche anzuerkennen. In dieſer Rückſicht iſt aber nicht zu überſehen, daß die Lex Julia de adulteriis die urſprünglichen Grundlagen dieſer Befugniß einigermaßen verläßt, und gewiß mit Bedacht, und noch mehr die ſpätern Ausleger derſelben, um nehmlich jede zu weite Ausdehnung derſelben zu verhüten. Bei dem Mann nehmlich iſt es vindicta privata, bei dem Vater potestas, oder wenigſtens gleichſam eine, nach Aufgebung derſelben, (wenn die Frau mit ſeiner Autorität in die eheliche Gewalt getreten war,) vorbehaltene Befugniß, und das was dem domesticum imperium zur Grundlage dient, wodurch dieſe mögliche Tödtung gerechtfertigt werden kann. Bei dem Manne iſt daher die Richtung eine ſelbſtſtändige gegen den Ehebrecher, bei dem Vater gegen die Tochter, und nur vermittelſt dieſer erſtreckt ſich ſeine

Befugniß auch auf den Andern, bei einem Verbrechen zu deſſen Thatbeſtand nothwendig die Zuſammenwirkung zweier Perſonen gehört[106]); der Vater darf, da er nicht *eigne* Schmach rächt, ſondern mehr das Unrecht ſtraft, beide Schuldige, nicht in der Behandlung trennen, der Mann, der ſich rächt, darf beide nicht verbinden, jeder könnte zum Gegentheil geneigt ſeyn, — hierin liegt die Schranke. Wäre nun der Geſichtspunkt der potestatis durchgeführt, ſo mußte der Mann im Verhältniß zu der Frau in manu zu demſelben berechtigt ſeyn, was der Vater darf, denn die Frau iſt ihm gleich einer Haustochter (filiae loco).[107]) Aber hier iſt mit gutem Grund die innere geiſtige Seite des Verhältniſſes, gegen die blos juriſtiſche für überwiegend ausgeſprochen werden, und ſo erklärt ſich ein Unterſchied, der aus rein civilrechtlichen Gründen nicht folgt, und auch gewiß im ältern Rechte nicht ſtatt finden konnte.[108])

---

106) Das Gegentheil hat neuerlich behauptet Stübel über die Theilnahme mehrerer Perſonen an einem Verbrechen. Dresden 1827. S. dagegen Meine Beurtheilung in den Jahrb. der juriſt. Literatur. IX. Bd. 1. Hft. S. 55.

107) Gaius Comm. I. §. 108 — 115. und die Noten in der ed. princ.

108) Auch hier trat eine gelindere Behandlung, der zwar ſtrafbaren, aber doch nach mildernden Rückſichten zu beurtheilenden Uebereilung ein. L. 38. §. 8. D. ad leg. Jul. de adulteriis. (Papinian.) Imperator Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt, si maritus uxorem in adulterio deprehensam, impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet. Nam et divus Pius in haec verba rescripsit Apolonio: ei qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum justum dolorem temperare; et quia plus fecerit, quam quia

Noch iſt zu bemerken, daß die regelmäßige Vorausſetzung, deren Gründe aus dem Verhältniß ſelbſt erſichtlich ſind, dieſe iſt, daß der zur Tödtung berechtigte Vater oder Ehemann, ſie perſönlich vollſtrecke. Dieß beſtätigen nicht nur die Erforderniſſe, wie ſie die Quellen angeben, ſondern insbeſondere die Worte von Paulus, sua mann occidere.[109]) Indeß ſcheinen auch ausnahmsweiſe Fälle, wenigſtens gelinder beſtraft, auch ſtraflos geblieben zu ſeyn, wenn Untergebene des Berechtigten, ſeinem Befehl gehorchten.[110])

Andere Beſchränkungen.

§. 33.

Das Geſetz hatte übrigens, um jenen Gebrauch des Tödtungsrechtes mehr einzuſchränken, noch andere Auswege

---

vindicare se non debuerit, puniendus sit: sufficiet igitur si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi: si qui honestior in insulam relegari. Damit vergleiche man L. 32. pr. D. eod. tit. (Macer.) Nihil interest, adulterum filiam prius pater occiderit, an non, dum utrumque occidat: nam si alterum occidat, lege Cornelia reus erit: quod si altero occiso, alter vulneratus fuerit, verbis quidem legis non liberatur, sed Divus Marcus et Commodus rescripserunt, impunitatem ei concedi: quia licet interempto adultero mulier supervixerit post tam gravia vulnera, quae ei pater inflixerat, magis fato, quam voluntate eius servata est: quia lex parem in eos, qui deprehensi sunt, indignationem exigit, et severitatem requirit."

109) Sent. recept. lib. II. Tit. 26. §. 1.

110) S. die Note 96. mitgetheilte L. 4. Cod. ad leg. Jul. de adult. — „Quod legitime factum est nullam poenam meretur. Idemque filiis eius, qui patri paruerunt, praestandum est."

an die Hand gegeben, die der Verletzte um so sicherer vorziehen mußte, als später jenes Recht überhaupt, vielleicht weniger durch gesetzliche Verordnungen als durch eine bestimmtere Praxis über die Bestrafung des Verbrechens der Tödtung, und durch die jenen Ausnahmen gegenüber sich allgemeiner geltend machende nothwendige Regel, immer mehr beschränkt wird, und am Ende mehr nur der Affekt eine Entschuldigung und verminderte Zurechnung, als die erlittene Verletzung eine Selbstrache, rechtfertigt. Diese allmählige Beschränkungen mit ihren inneren Gründen gelten aber auch für den bereits erwähnten Fall des betretenen Diebes und für die Fälle, deren später noch zu gedenken seyn wird. [111])

Folgerungen.

§. 35.

Eines bisher noch nicht erwähnten Umstandes möge noch schließlich hier gedacht werden. Bei der Sittenlosigkeit der Zeit, in welche die Lex Julia de adulteriis fällt, und überhaupt der Verdorbenheit, namentlich der Ehefrau, die sich dieses Verbrechens schuldig machte, konnte die Furcht nicht ungegründet scheinen, daß der ehebrecherische Ehegatte in Verabredung mit dem Mitschuldigen dem andern Ehegatten nach dem Leben strebte. Die Gesetzgebung hat diese Möglichkeit nicht unbeachtet gelassen, namentlich steht damit in Verbindung, das Verbot der Ehe der Ehebrecherin mit dem Mitschuldigen, so fern er nur als solcher wirklich erkannt, und nicht blos verdächtig ist, obgleich hierin weder der einzige, noch der hauptsächlichste Grund des Eheverbots gesucht werden kann, [112]) und insbesondere bezieht sich auch

---

111) L. 25. D. ad leg. Jul. de adult. Ueber einige andere hier nicht weiter auszuführende Punkte vergl. Meine Comm. l. c. u. Gans a. a. O. P. 39 ꝛc.

112) Vgl. L. 11. §. 11. L. 40. D. ad leg. Jul. de adult. Nov. 134. Cap. 10. mit Nov. 22. Cap. 15. Auch die Ehe

hierauf eine Constitution von Gratian, Valentinian und Theodos, (a. 385) welche für den Fall eines solchen Verdachts gestatten, daß gegen die sonst geltenden Grundsätze Sklaven zum Zeugniß gegen ihre Herrschaft sollten gezwungen werden dürfen.[113]) Man könnte daher geneigt seyn, auch dieses mit als Erklärungsgrund der erlaubten Tödtung, gleichsam als eine Art der Prävention zu betrachten. Allein dieß ist weder in dem geschichtlichen Standpunkt dieser Lehre noch in den Quellen begründet. Denn nicht nur ist überhaupt die Tödtungsbefugniß des Mannes beschränkter, als die des Vaters, bei dem diese Besorgniß am wenigsten gegründet seyn kann, sondern es kommt noch hinzu, daß der Mann überhaupt nur solche niedrige Personen umbringen darf, rücksichtlich welcher, wenn die Frau höhern Standes war, wohl schwerlich der Gedanke einer Heirath, folglich einer Tödtung des Ehemanns zu diesem Zwecke, vorkommen konnte; gerade die, wo solche Besorgniß einigen Grund haben konnte, sind aber ausgeschlossen. Wenig gesetzgeberische Klugheit zeigt sich in der auf andere Voraussetzungen gestatten Tödtungsbefugniß des Mannes, durch Justinian in der Nov. 117. Cap. 15. —

Von dem Entführer.

§. 36.

Der Erlaubniß, den betretenen Entführer zu tödten, geschieht nur in den Quellen des spätern Rechtes Erwäh-

---

des Entführers mit der Entführten verbietet das Röm. Recht. L. unic. §. 1. Cod. de raptu virginum. IX. 13. wo doch dieser Grund nicht leicht eintritt. — Zwei hieher gehörige Rechtsfälle der Tödtung eines Ehemanns durch den Ehebrecher, im Einverständniß mit der des Ehebruchs mitschuldigen Frau des ersten, enthalten Hitzig's Annalen VIII. Hft. S. 482 u. u. 289. Vgl. auch S. 260.

113) L. 4. Theod. Cod. ad leg. Jul. de adulteriis IX. 7. In adulterii quaestione ob omni familia,

nung.[114]) Wie dieselbe vorkommt, scheint sie freilich nicht blos eine Anwendung der Nothwehr zu seyn, für die es einer ausdrücklichen Bestimmung auch kaum bedurft hätte; denn abgesehen davon, daß deren Bedingungen allgemein sind, hier aber auch die Tödtung nicht erst zufolge eines jenes Recht begründenden Zustandes gestattet wurde, so würde schon eine Anwendung der bis zur Tödtung des Gegners gestatteten Wehr gegen den Räuber und Gewaltthätigen hingereicht haben, da, ehe die Entführung als selbstständiges Verbrechen durch eigne Constitutionen hervorgehoben wurde, diese Handlung unter den Gesichtspunkt der Gewalt fiel, deren übrige Grundsätze auch später anwendbar blieben.[115]) Die Aus-

---

non solum mariti sed etiam uxoris, quae tamen tunc temporis domi fuerit, (quo adulterium dicitur admissum,) quaerendum est, sine defensione cuiusquam. Idem volumus, et si forte mulier marito mortis parasse insidias, vel quolibet alio genere voluntatem occidendi habuisse, inveniatur. Parem etiam conditionem in interrogatione mancipiorum servari volumus, si maritus eo modo insectetur uxorem. Vgl. Gothofred ad h. l. L. 32. Just. Cod. ad leg. Jul. de adult.

114) L. unic. Cod. de raptu virginum IX. 13. Justinian. (528) — Et merito mortis damnantur supplicio: cum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptores sint vacui. Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus per hanc generalem Constitutionem, ut hi, qui huiusmodi crimen commiserint, et qui eis auxilium invasionis tempore praebuerunt, ubi inventi fuerint in ipsa rapina, et adhuc flagranti crimine comprehensi, et a parentibus virginum, vel ingenuarum, vel viduarum, vel quarumlibet foeminarum, aut earum consanguineis, aut a tutoribus vel curatoribus, vel patronis, vel dominis convicti interficiantur. Vgl. S. de Boehmer Med. ad C. C. C. Art. CXVIII. §. 7.

115) Mein System der Crim. R. W. §. 222. Wächters Lehrbuch §. 138. L. unic. cit. — quod multo

dehnung auf ſo viele Perſonen, denen die Befugniß eingeräumt wird, im Verhältniß zu den für andere Fälle zweckmäßig angeordneten Beſchränkungen, ſcheint aber auch zu verbieten, hier eine eigenthümliche Privat-Rache anzunehmen, deren Gebiet zu der Zeit der Conſtitution ohnedem ſehr klein war. Wahrſcheinlicher iſt es, daß bei der Größe dieſer Gewaltthat, und den beſondern, nicht wieder gut zu machenden ſchädlichen Folgen des Verbrechens, welches auch mit einer peinlichen Strafe belegt wurde, [116]) und der Gefährlichkeit

magis contra eos obtinere sancimus, qui nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia duplici tenentur crimine, tam adulterii scilicet, quam rapinae: et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adjectione puniri. Doch darf man ſich durch dieſe Stelle, welche bei der Entführung einer Ehefrau, wegen der Abſicht und dem Zweck des Räubers, zugleich Ehebruch annimmt, nicht verleiten laſſen, eine unmittelbare Uebertragung des bei dem adulterium geſtatteten Tödtungs-Rechtes hier anzunehmen, da theils dieſes Vergehen, doch von dem Ehebruch, als vollendetem, noch unterſchieden iſt, theils die Vorausſetzungen der Tödtung andere ſind, ferner mehrere und andere Perſonen zur Tödtung befugt ſind, und endlich jenes Grund doch auf die Fälle, wo andere, als verheirathete Frauen, Gegenſtand der Entführung waren, nicht übertragen werden kann.

116) Der Todesſtrafe, — L. unic. Cod. l. c. pr. Raptores virginum honestarum vel ingenuarum — pessima crimina peccantes, capitis supplicio plectendos decernimus. — Auf den Zuſammenhang der erlaubten Tödtung, mit der ſpäter dem Verbrechen gedrohten Todesſtrafe iſt bereits bei Gelegenheit der Tödtung des nächtlichen Diebes aufmerkſam gemacht worden. Die geſchichtliche Erſcheinung iſt in allen dieſen Fällen dieſe, daß urſprünglich ſtatt der Strafe dieſe Privat-Rache vorkommt, dann neben derſelben alternativ, denn die Anwendung der einen ſchließt die andere aus, endlich die Strafe allein, wenigſtens die Regel ausmacht, von der die Selbſthülfe eine beſondere Ausnahme bildet, die nach den Fortſchritten der Rechts-Pflege am ſicherſten ganz unterbleibt, wenn ſie nicht durch Nothſtand gerechtfertigt wird.

deſſelben für die Familien-Ruhe, bei einer Handlung, die mehr als irgend eine andere, wenn ſie entdeckt wurde, geeignet war, gewaltthätige Gegenwirkung hervorzurufen, das Aeußerſte in einer Weiſe, wo die Grenzen der Rache und der Nothwehr meiſt ſchwierig zu beſtimmen ſind, um ſo mehr nachgeſehen werden durfte, als die Kenntniß dieſer Beſtimmung wohl auch, wie der Geſetzgeber erwartete, ein Abhaltungsgrund für den zum Verbrechen Geneigten ſeyn ſollte. Allein ohnerachtet hier nicht ſpecielle Beſchränkungen angegeben ſind, liegt es doch in der Natur des Verhältniſſes, und den zur Zeit Juſtinians geltenden Rechts-Grundſätzen, daß jenes Recht nicht der Willkühr anheim geſtellt ſeyn konnte, und namentlich daß es nie in dem Umfang ausgeübt werden durfte, wodurch die Handlung Mord wurde, der niemals entſchuldigt wird. Die richterliche Beurtheilung würde ſich alſo dennoch an die Grundſätze der Nothwehr halten müſſen. Anders ſteht es bei dem Ehebruch; wenn die Vorausſetzung der Nothwehr die Abwendung eines widerrechtlichen Angriffes, und der aus demſelben drohenden Gefahr iſt, ſo kommt dieſe ſtets zu ſpät, wenn die Schuldigen in turpitudine ertappt ſind, und die Handlung hat um ſo mehr den Charakter der Rache, als ſie ſelbſt dann erlaubt iſt, wenn ſie auch ohne Gefahr unterbleiben konnte, wie ſich ſchon aus der Alternative ergiebt, den Verbrecher entweder zu tödten, oder wenn man letzteres als das räthlichere vorzieht, ihn zwanzig Stunden (rei testandae gratia) gefänglich einzuhalten,[117]) und auch daraus, daß der

117) L. 25. D. ad leg. Jul. de adulteriis. Ulpianus lib. XI. ad leg. Jul. de adult. — „Capite quinto legis Juliae ita cavetur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit, aut non liceat occidere retinere horas diurnas, nocturnasque continuas, non plus quam viginti, testandae eius rei causa, sine fraude sua jure liceat. §. 1. Ego arbitror,

unerwartet hinzukommende Vater oder Ehemann nicht leicht, wenigſtens doch nur ausnahmsweiſe einen Angriff auf ſeine Perſon zu fürchten hat. Der Entführer hat aber ein Gewaltverhältniß herbeigeführt, welches auch andere Perſonen zur Widerſetzung auffordert, als die, denen nach älterem Rechte, die Befugniß der vindicta privata zuſtand; von ihm iſt eine gefährliche Gegenwehr und Widerſetzung zur Ausführung ſeines verbrecheriſchen Vorhabens eher zu fürchten, und die Vorausſetzung des Betretens iſt hier nicht wie bei dem Ehebruch, daß das Verbrechen ſchon verübt ſey, ſondern es bleibt hier noch für die im Geſetz genannten Perſonen die Möglichkeit übrig, durch Anwendung der gerechten Gewalt, die Ausführung des ſchändlichen Planes zu verhindern, und die Entführte wieder aus ſeiner Gewalt zu befreien. Hier können alſo natürlich die auf das Standes-Verhältniß des Verbrechens, die auf das Gewalt-Verhältniß zu der Verletzten, oder mitſchuldigen Frau, ſich beziehenden Beſchränkungen nicht angewendet werden, und es ſind vielmehr andere aus allgemeinern Gründen herzuleiten. So wie hier weit weniger, als bei den Fall des Ehebruchs ein Mißbrauch von Seiten der zur Tödtung berechtigten Perſonen zu fürchten war, ſo konnte auch begreiflich das Geſetz, den zu rechter Zeit hinzukommenden Perſonen nicht zumuthen, ruhige Zuſchauer der That zu ſeyn, und ſo ergiebt ſich dann, wenn ſie in dieſem Nothfalle Gewalt anwenden, die praktiſche Folge unmittelbar. Was alſo dieſen Fall von der gewöhnlichen Nothwehr unterſcheidet iſt nicht die Vorausſetzung derſelben im Allgemeinen, welche hier völlig eintritt, ſondern daß rückſichtlich der Erforderniſſe ihrer gerechten Ausübung größere Freiheit ſtatt findet, indem die Tödtung allgemein

---

etiam in patre id servandum, quod in marito expressum est. §. 5. Quod adjicitur testandae eius rei gratia, ad hoc pertinet, ut testes inducat testimonio futuros accusatori, deprehensum reum in adulterio."

erlaubt wird. Wenn daher die erste Voraussetzung zur Rechtfertigung desjenigen, der solche Tödtung vollbracht hatte, dargethan war, so bedurfte es weiter keines Beweises um ihn von der Strafe zu entschuldigen, während von Seiten dessen, der die Nothwehr zu beweisen hat, mehr dargethan werden muß, und auch die Vermuthung, daß bei vorhandenem Daseyn der Bedingungen der Nothwehr, auch die Grenzen der rechtmäßigen Ausübung gehörig beobachtet seyn, einen Gegenbeweis nicht ausschließt. Neuere könnten dann noch sagen, daß die Gesetze den Entführer den genannten Personen gegenüber für rechtlos und gleichsam geächtet erklären.[118])

II. Nothwehr.

Im Allgemeinen.

§. 37.

An die Betrachtung der bisher erwähnten Fälle schließt sich um so natürlicher die Lehre der Nothwehr, als diese nach dem neuern Rechte das Princip ist, aus welchem allein wenigstens größtentheils noch für den Einzelnen eine Tödtungsbefugniß hergeleitet werden kann, jedoch mit dem wesentlichen Unterschiede von allen andern Fällen, daß hier nicht sofort die Tödtung erlaubt ist, und im Voraus bestimmt wird, gegen wen, und welcher Verbrechen halber sie angewendet werden dürfe, sondern nur, daß wenn sie unter den gehörigen Voraussetzungen und Bedingungen erfolgt ist, sie straflos bleibt. Sie ist demnach allgemeiner, und umfaßt, wie früher gezeigt ist, die andern Ausnahmen, welche allmäh-

---

118) Spätere Gesetze, namentlich Nov. 14. u. Nov. Leonis 35., welche sich auf das Verbrechen der Entführung beziehen, enthalten authentische Erklärungen und Zusätze, ohne das Tödtungs-Recht zu berühren. Indeß ist dieses dadurch nicht für aufgehoben zu erachten, da das frühere Gesetz fortwährend für das geltende erklärt ist.

lig in das Princip der Nothwehr übergingen, ſie beſchränkt ſich nicht auf jene Fälle, ſondern iſt begründet überall, wo unter Vorausſetzung des Nothſtandes es möglich iſt, durch Gewalt den widerrechtlichen Angriff, und die daraus für die Perſon ſelbſt hervorgehende Gefahr abzuwehren — aber ſie iſt beſchränkt, indem ſie nur Abwehr, Selbſtvertheidigung, nicht Selbſthülfe (in dem Sinn, wo dieſe jener entgegengeſetzt wird) nicht Rache ſeyn darf, wie denn insbeſondere die Tödtung nicht als ſelbſtſtändiges Recht, ſondern nur als die letzte und unvermeidliche Folge der Nothwehr erlaubt iſt, oder mit andern Worten, ſo fern nach der eigenthümlichen Beſchaffenheit des Falles ein geringerer Grad von Gewalt gegen den Angreifer zur Abwehrung und Unſchädlichmachung deſſelben hinreichend war, iſt jedes Uebermaaß und insbeſondere die Tödtung ein Verbrechen, und dieſes an ſich gültige Princip wird auch dadurch nicht aufgehoben, daß wegen der durch das Verhältniß des Angegriffenen, ſeine aufgeregte Stimmung ꝛc. möglicherweiſe verminderten Zurechnung, zuweilen eine gelindere Beſtrafung, vielleicht ſelbſt Strafloſigkeit erkannt werden darf.

Da aber das Princip der Nothwehr ein allgemeines iſt, welches jedes poſitive Recht nicht ſchafft, ſondern anerkennt, und was etwa hier demſelben eigenthümlich iſt, ſich mehr auf den Beweis oder die Beſcheinigung bezieht, auch die Römer ſelbſt, dieſes Recht aus allgemeinen Gründen ableiten,[119]) ſo würde eine weitere Ausführung hier um ſo we-

---

119) Die, jedoch nach ihrem urſprünglichen Zwecke mit Vorſicht zu benutzenden Hauptſtellen über die Nothwehr ſind vor Allem: Cicero's Rede zur Vertheidigung des Milo und Aſconius dazu. Dann de inventione rhet. II. 22. Auctor ad Herennium II. 13. Cicer. orat. partit. 12, 37. de oratore II. 25. Cic. de finib. bon. et mal. V. 23. Hier wird die Nothwehr als ex naturali ratione fließend dargeſtellt, womit die Römiſchen Juriſten übereinſtimmen, indem ſie dieſelbe bald dem jus naturae, bald dem jus gentium zuſchreiben, wobei auf den

niger am Orte seyn, als für den Gegenstand unserer Untersuchung hier das worauf es ankommt, nehmlich die Straflosigkeit der in rechter Nothwehr verübten Tödtung — unbestritten ist.[120]) Daher möge es erlaubt seyn, hier rück-

---

Römischen Sprachgebrauch Rücksicht zu nehmen ist, der auf der einen Seite jus naturae und gentium zu Gegensätzen macht, auf der andern beide Ausdrücke gleichbedeutend gebraucht. z. B. L. 84. §. 1. D. de R. I. §. 1. 11. J. de rer. divis. Vgl. Zimmern's Römische Rechts-Geschichte I. Bd. I. Abtheil. §. 13. Not. 8 ꝛc. Dirksen im Rhein. Museum I. 1. L. 3. D. de J. J. I. 1. (Florentinus libro I. Instit.) (Vgl. L. 1. §. 4. D. eod. Jus gentium est etc.) — Ut vim atque injuriam propulsemus. Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur; et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse. L. 4. pr. D. ad leg. Aquil. IX. 2. (Gaius) Itaque, si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. Vgl. L. 5. D. eod. (Ulpian.) — Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur: ergo et lege Cornelia tenebitur. L. 45. §. 4. D. eod. (Paulus) Qui cum aliter tueri si non possunt, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere, omnes leges, omniaque jura permittunt. L. 1. §. 27. D. de vi et vi armata. XLIII. 16. Vim vi repellere licere, Cassius scribit; idque jus natura comparatur. L. 1. Cod. unde vi VIII. 4. (Impp. Dioclet. et Maxim. 209.) Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. Vgl. L. 2. seqq. eod. — L. 1. 2. Cod. quando liceat unicuique sine judice se vindicare.

120) Die Tödtung in rechter Nothwehr macht daher eine bei jedem Strafgesetz über das Verbrechen der Tödtung sich stil-

sichtlich der allgemeinen Grundsätze auf die frühere Betrachtung (§. 17.), rücksichtlich der römischen Ansichten auf die Quellen selbst, und neuere Schriftsteller zu verweisen, [121]) und nur einige Fälle nach Anleitung der Quellen des römischen Rechts selbst näher hervorzuheben.

Einzelne Anwendungen.

§. 38.

Angriffe gegen die Sittlichkeit enthalten nicht blos die Verletzung des Rechts einer Person, sondern der Person selbst, welche dadurch in ihrem innersten heiligsten Daseyn — ihrer sittlichen Individualität verletzt und gekränkt wird.

---

schweigend verstehende Ausnahme. Cicero pro Milone Cap. 5. Silent enim leges inter arma, nec se exspectari jubent, cum ei, qui exspectare velit, ante injusta poena luenda sit, quam justa repetenda. Esti persapienter, et quodammodo tacite, dat ipsa lex potestatem defendendi: quae non modo hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa vetat: ut cum causa, non telum quaereretur, qui sui defendendi causa telo esset usus, non hominis occidendi causa habuisse telum iudicaretur.

121) Canto a. a. O. P. 37. und XII. Zu den daselbst Not. 67. angeführten Schriften von Cuiac. Bynkershoeck u. Noodt, ist beizufügen: Püttmann de moderatione inculpatae tutelae ad orat. Cicer. Milonian. in Opuscul. jur. crim. P. 113 — 152. Roßhirt Entwickelung der Grundsätze des Straf-Rechts. Heidelberg und Leipzig 1828. macht §. 33. mit Grund aufmerksam: daß die Worte aus der (Note 119. mitgetheilten) L. 1. Cod. unde vi: inculpatae tutelae moderatio trefflich zusammengefügt seyen. In der That vereinigen sie in gedrängter Kürze alle wesentlichen Erfordernisse rechtmäßiger und rechter Nothwehr. Auch der Ausdruck Nothwehr ist völlig bezeichnend.

weshalb auch diese im Allgemeinen unter den Gesichtspunkt der Injurien gezogen werden.[122]) Sie fordern daher vorzugsweise zur Selbstvertheidigung auf, indem sie so gut wie ein Angriff auf das Leben, die Persönlichkeit selbst afficiren, und nicht mehr in ihrer Integrität bestehen lassen.[123]) Wer sich freilich dieselben gefallen läßt, hat selbst auf jenes sittliche Recht Verzicht geleistet, und sein sittliches Daseyn, im Gegensatz gegen das blos physische bereits aufgegeben, so daß es vom andern nicht mehr entzogen wird. Gerade so, wie feile Frauenspersonen, die zu ihren traurigen Gewerbe priviligirt sind, ihrerseits den Strafen der Lex Julia de adulteriis entgehen, indem die Verachtung welche sie billig trifft, überhaupt ihre ehrlose und entehrende Lebensweise, als hinlängliche Strafe betrachtet wird.[124]) Aber von jener Ausnahme abgesehen ist hier Nothwehr völlig begründet, und wenn es erlaubt ist, defendendae pudicitiae gratia den Frevler zu tödten, und zwar nicht nur wegen des unmittelbaren Angriffes der gegen Jemand gemacht wird, sondern auch wegen desjenigen, der die Angehörigen, die unter Jemandes Schutz stehen, trifft, so haben wir es mit den gewöhnlichen Grundsätzen der Nothwehr zu thun, und daher auch unter den sui[125]) im weitern, nicht streng

---

122) Vgl. überhaupt die Tit. D. de injuriis et famosis libellis. XLVII. 10.

123) Mein System des Crim. R. W. §. 173.

124) L. 22. Cod. ad leg. Jul. de adulteriis et de stupro. IX. 9. (Diocl. u. Maxim. 209) „Si ea, quae stupro tibi cognita est, et passim venalem formam exhibuit, ac prostitutam meretricio more vulgo se praebuit: adulterii crimen in ea cessat.“ L. 29. Cod. eod. (Constant. 326) — Hae autem immunes a judiciaria severitate, et stupri et adulterii praestentur, quas vitae vilitas dignas legum observatione non credidit suprascriptum.“

125) L. 1. §. 4. D. ad leg. Cornel. de sicariis XLVIII. 8. (Marcian.) Item divus Hadrianus

technischen Sinne, alle die zu verſtehen, zu deren Werthei-
digung ein Anderer die Pflicht und das Recht hat, folglich
hier nicht die bei dem jus vindictae geltenden Beſchrän-
kungen hier anzuerkennen, weshalb auch das Wegfallen die-
ſes Rechts in ſpäterer Zeit, auf jenes, was zufolge eines
allgemeinen Princips ſtatt findet, ohne Einfluß iſt. Wenn
aber bei dieſem Falle, der ausdrücklich als Ausnahme von
der Lex Cornelia de sicariis verpönt wird, etwas
Eigenthümliches gilt, ſo iſt es dieſes, daß ſchlechtweg die
Tödtung für ſtraflos erklärt wird, ohne daß gefordert wird,
daß dieſe im concreten Falle, das einzige Mittel, und daß
nicht irgend ein geringerer Grad von Gewalt zur Abwendung
der Gefahr hinreichend geweſen wäre. Indeß iſt es unzwei-
felhaft, daß der Grund dieſer Beſtimmung, wegen eines
Angriffes, der mit dem auf das Leben zuſammengeſtellt
wird,[126]) den Gegner tödten zu dürfen, hauptſächlich in
der Schwierigkeit des Beweiſes liegt, daß die Grenzen ge-
rechter Nothwehr überſchritten ſeyen, denn daß der Fall ſelbſt
unterſucht wurde, ergeben die Quellen.[127]) Zwar wird

---

rescripsit: eum qui stuprum sibi vel suis, per vim inferentem occidit, dimittendum.

126) Paul. sent. recept. lib. V. Tit. 23. §. 8. (ad legem Cornel. de sicariis.) „Qui latronem caedem sibi inferentem occiderit, puniri non placuit; alius enim vitam, alius pudorem publico facinore defendit.“

127) Vgl. außer den Not. 125 u. 126. mitgetheilten Stellen Cic. pro Milone Cap. 4. Atqui si tempus est ullum jure hominis necandi, quae multa sunt, certe illud est non modo justum, verum etiam necessarium, cum vi vis illata defenditur. Pudicitiam enim cum eriperet militi tribunus (militaris) in exercitu C. Marii propinquus eius imperatoris, interfectus ab eo est, cui vim afferebat, facere enim probus adolescens periculose, quam perpeti turpiter maluit. Atque hunc ille vir sum-

nach dieſen der, welcher ſich mit Tödtung des Gegners der drohenden Gefahr erwehrte, gänzlich freigeſprochen, allein man muß doch nach Analogie anderer Fälle, und dem Geiſt der Strafgeſetzgebung annehmen, daß die Freiſprechung von der Strafe der Lex Cornelia nicht ſtets eine Freiſprechung von Strafe überhaupt begründe.[128])

III. Tödtung im Intereſſe des Staats und der Religion.

Allgemeine Betrachtungen.

§. 39.

Von ganz eigenthümlicher Art, und nur aus dem Charakter der römiſchen Staatsverfaſſung, beſonders während des Beſtehens der Republick und aus der politiſchen Eigenſchaft und Geſinnung römiſcher Bürger in ihrem Verhältniß zu dem Vaterlande und der Staats-Religion zu erklären, ſind die Fälle erlaubter, ja als lobenswerth erkannter Tödtungen, als Erfüllung einer höhern Pflicht, welche eben unter das Princip geſtellt ſind, daß der Einzelne, der jedoch in ſeiner Eigenſchaft als Römiſcher Bürger einen allgemeinen politiſchen Charakter hat, einen Feind des Vaterlandes und der Religion, nicht als ſeinen individuellen Gegner, ſondern als den gemeinſamen Gegner umbringt, indem ſich auch in dem patriotiſchen Bewußtſeyn deſſen, der dieſe Pflicht ausübt, das höchſte Intereſſe des Staats, das Wohl des Vaterlandes concentrirt.

Hierüber iſt nun, ehe wir an die Betrachtung der einzelnen Fälle gehen, folgendes zu bemerken. Der Grund der Tödtung, alſo der Todeswürdigkeit, kann entweder ein re-

---

mus, scelere solutum, periculo liberavit. Plutarch. in Mario Cap. 14. Valer. Maxim. VI. 1. §. 12. Sanio a. a. O. P. 55.

128) S. oben Not. 79.

ligiöser, oder ein politischer seyn; aber es liegt in dem Verhältnisse von Staat und Religion im vorchristlichen Alterthum, daß oft beides zusammenfällt; so werden gewisse Handlungen als Uebertretungen göttlicher und weltlicher Gesetze zugleich betrachtet, und bei der Strafsanktion wird die religiöse Seite besonders hervorgehoben, wovon später die Belege erwähnt werden sollen. Aber auch ohne solche ausdrückliche Bezugnahme auf den religiösen Gesichtspunkt ist dieser, als in dem politischen mitenthalten anzusehen, so wie die Handlung des patriotischen Römers gegen den Feind des Vaterlandes selbst von einer Gesinnung ausgeht, und bestimmt wird, in der sich Vaterland und die Religion durchdringen. Eine vollständige Untersuchung des Verhältnisses von Religion, Politik, Sitte und Recht bei den Römern würde eine eben so wünschenswerthe als belohnende Arbeit seyn, zu der aber nur einen geringen Versuch zu wagen, hier die Grenzen dieser folgenden Erörterung, nicht der einzige Abhaltungsgrund für mich sind. Ferner: Die Tödtung kann in jener Rücksicht geschehen, entweder so, daß ein für allemal im Gesetz die Befugniß zu derselben ertheilt wird, indem verfügt wird, daß der Frevler am Heiligen, (Religion und Vaterland mit seiner Verfassung) der göttlichen und menschlichen Rache verfallen, gleichsam verfehmt (sacer) seyn sollte, oder, daß durch Urtheil erst im besondern Falle dieses ausgesprochen wird, woraus wir später gewisse Beschränkungen der Tödtungsbefugniß ableiten werden. Hier ist aber stets dem Schuldigen der Tod durch ein, von der Ansicht der Einzelnen unabhängiges Urtheil bestimmt, und nur die Vollstreckung ein allgemeines Recht. Diesem Fall steht aber ein anderer gegenüber, bei welchem, ohne diese Voraussetzung, auf den Grund der subjektiven Ansicht des rechtlichen Bürgers, eine durch die feindliche Gesinnung eines Andern dem Vaterlande drohende Gefahr, nicht anders als durch dessen Tödtung abzuwenden ist, die er nur in diesem, für ihn gerechtfertigten Sinne, ausübt, und wobei er sich hinterher, gegen den Vorwurf strafbarer Tödtung, darauf

berufe, daß seine subjektive Ansicht, dieß zwar der Form nach, aber nicht ihrem Inhalt nach gewesen sey, daß also von ihm nur das Urtheil gefällt und in dem Stand der Gefahr, gleichsam der Nothwehr sofort vollstreckt worden sey, welches, wenn die Zeit es gestattet hätte, eine Untersuchung anzustellen, und wenn es nicht widersinnig wäre, erst die Gefahr zum positiven Nachtheil durch Abwarten heranwachsen zu lassen, um dann einen sichern Beweis zu haben, — auch von dem Staat selbst würde ausgesprochen seyn; aber begreiflicherweise läßt sich im Stande der Noth, und der drohenden Gefahr ein so strenger Beweis nicht fordern, und wenn in einen solchen Falle die Rechtmäßigkeit und Straflosigkeit der Tödtung ausgesprochen wurde, so lag der Grund hauptsächlich darin, daß die Persönlichkeit dessen, der diese Pflicht gegen das Vaterland ausübte, sein unbescholtener Charakter, seine anerkannte vaterländische Gesinnung, eine Gewährleistung dafür gaben, es sey hier keine Privat-Absicht verfolgt, keine Verletzung der die Entleibung der Mitbürger besonders verpönenden Gesetze vorhanden, sondern die That sey durch die sittlich-religiösen Principien und vielmehr durch die Anerkennung der wahrhaften Nothwendigkeit des höhern Rechtes des Vaterlandes geboten worden, und sonach nicht nur entschuldbar und straflos, sondern mehr — sie sey eine löbliche und verdienstvolle. Auch dieß bestätigen die uns erhaltenen Beispiele solcher Tödtungen.[129]) Hier können demnach die Schranken, nicht wie in dem vorigen Falle, wo Gesetz oder Urtheil die Todeswürdigkeit aussprechen, so bestimmt angegeben seyn; sie liegen aber in dem Verhältniß selbst, welches sich zunächst der Beurtheilung des einsichtsvollen und wohlgesinnten Bürgers unterstellt, der sich zur That berufen fühlt, dann aber auch dem der Gesammtheit, welcher er Rechenschaft schuldig ist. Es wird durch diese Betrachtung deutlicher seyn, was oben dadurch bezeichnet wurde, daß hier

---

129) Cf. unten Note zu §. 41.

der Bürger, gegenüber dem Andern, nicht in ſeiner Privat-Eigenſchaft als Individuum, ſondern in ſeiner allgemeinen, als integrirender Theil oder Glied des Staats-Organismus und in dem beſtimmten Bewußtſeyn hievon handelt. Ein Blick auf die Römiſche Geſchichte, ſeit der Abſchaffung der Königswürde, auf die ſpätere Verfaſſung, und auf die hohe politiſche Bedeutung eines Römiſchen Bürgers in der beſſern Zeit, macht dieſes noch anſchaulicher, und überhebt uns einer weitern Ausführung. Dieſes mußte ſich nothwendig ändern, in einer Zeit, wo die Staatsverfaſſung nicht mehr ſo, in dem Bürger ſelbſt, als ſein Recht lebendig war, wo der Werth des Bürgerthums aus dem Zuſammentreffen ſo vielen bekannter Urſachen geſunken, und nur noch eine rein juriſtiſche, und zwar mehr blos privatrechtliche Seite übrig war. Wo ſich das Bewußtſeyn des Staats und ſeines höhern Rechtes bei einer von dem Volke verſchiedenen, ſelbſt dieſem entgegengeſetzten Regierung, nach langem Kampfe findet, namentlich ſpäter in dem Principe, da hat der Einzelne kein Recht und keinen Beruf, aber auch keine Veranlaſſung mehr, in jenem frühern Sinne der Vertheidiger des Vaterlandes durch Tödtung eines innern Feindes deſſelben zu werden, ja ſein ſubjektives Urtheil über Gefahr, und die Nothwendigkeit derſelben auf jene Weiſe zuvorzukommen, muß um ſo mehr ein unſicheres, und von dem früher inwohnenden allgemeinen Urtheil abweichendes ſeyn, je mehr bei ſpäterer Sittenverderbniß, innere Partheiungen und Kämpfen, und dem Herrſchen verwerflicher Willkühr, hier überhaupt der Charakter der Rechtlichkeit zurücktrat,[130]) wie ſchon am Ende der Republick jenes Princip, den der für einen Feind des Vaterlandes erklärt war, (hostis judicatus) tödten zu dürfen, in dem Syſtem der Proſcriptionen als Mittel der Ver-

130) Vgl. Meine Diss. de Jurisprudentia apud Romanos sub primis Imperatoribus, Explic. loci Svetoniani exhib. Vratislav. 1827. 8.

folgung der verwerflichsten Privat-Absichten, selbstsüchtiger Zwecke, und der Befriedigung persönlichen Hasses, oder der Habsucht und Geldgier gebraucht wurden. Wenn nun schon mit veränderten politischen, später auch religiösen Verhältnissen, jene Befugniß nothwendig untergehen mußte, und dadurch, was früher aus innern Gründen erlaubt und löblich seyn konnte, später mit Grund nicht mehr gestattet werden durfte, so hat sich die Vervollständigung durch eine bestimmte Gesetzgebung des Princips über das Verbrechen der Tödtung ergeben, und so finden sich jene Fälle, die nun kürzlich aufgezählt werden sollen, selbst nicht einmal mehr als Ausnahme der Lex Cornelia de sicariis erwähnt, und entbehren, mit ihrer politischen Grundlage, alle Anwendbarkeit, wie denn später und bei uns, eine Tödtung aus dem Grunde, daß das Wohl des Vaterlandes, oder der Kirche, sie nach dem subjektiven Ermessen eines Individuums fordern, keineswegs gerechtfertigt, sondern nach den gewöhnlichen Grundsätzen bestraft wird, (§. 17. u. Note 48 b.) und das von Rechtswegen.

Einzelne Fälle.

Tödtung des Verfehmten.

§. 40.

Unter die Fälle, wo Jemand religionis causa getödtet werden darf, gehören Handlungen, deren Strafwürdigkeit dadurch ausgedrückt worden war, daß der Urheber einer Gottheit verfallen seyn solle (sacer esto). Solche Bestimmungen sind uns aus der frühesten Zeit aufbewahret, und werden den Gesetzen der Könige von den Klassikern zugeschrieben.[131]) Sie enthalten theils unmittelbare Be-

131) Die hieher gehörigen Fragmente Königlicher Gesetze finden sich zusammengestellt und aus den Quellen belegt in Meinen Comm. de antiqu. Rom. jure crim. §. 27 ꝛc.

zerhungen auf irgend eine Gottheit, theils mildestbare, in dem die Verletzung gewisser heiligster menschlicher Verhältnisse, z. B. der Pflichten gegen Aeltern, der Verletzung des Patronats und Clientelar-Verhältnisses zugleich als eine re-

---

Vgl. auch Dirksen's Versuche zur Kritik und Auslegung des Röm. Rechts. Sechste Abhandlung. P. 234 ꝛc. u. Savis a. a. O. P. 58. Indem ich mich auf diese Schriften zugleich rücksichtlich der litterarischen Notizen beziehe, mögen nur die Fragmente selbst als Erläuterung des Textes einen Platz finden. Von Romulus: Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto." (Servius zu Virgils Aeneid. lib. VI. v. 609. Dionys. Halicarn. lib. II. Cap. 9. 10. bemerkt hierüber: „Ἔθος γὰρ Ῥωμαίοις ὅσους ἐβούλοντο νεκροὺς τεθνάναι, τὰ τούτων σώματα θεῶν ὀργοδήτοις, μάλιστα δὲ τοῖς καταχθονίοις, καταπομπάζειν· καὶ τότε ὁ Ῥωμύλος ἐποίησε.") — Si nurus — sacra divis parentum esto." (Festus v. Plorare.) Numa: „Numa Pompilius statuit; eum, qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse" (Festus v. Termino, Dionys. Halic. lib. II. Cap. 74.) — „Si quis aliuta faxit, ipsus Jovi sacer esto." (Festus v. Aliuta). Hiemit ist auch das Gesetz Numa's zu verbinden, von welchen diese Fälle Ausnahmen machen, so wie andere Ausnahmen von der Lex Cornelia de sicariis gelten. „Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricida esto." (Festus v. Parici Quaestores) Servius Tullius: „Si parentem puer verberit, ast ille plorassit, puer divis parentum sacer esto." (Festus v. Plorare). Den XII. Tafeln schreibt Plinius hist. natur. XVIII. Cap. 3. eine ähnliche Bestimmung zu: Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse, puberi XII. tabulis capitale erat, suspensumque Cereri necari jubebant, gravius, quam in homicidio convictum: impubem Praetoris arbitratu verberari, noxiamque duplione decerni. Vgl. Gellius Noct. Att. XI. 18. Dirksen's Uebersicht P. 48 ꝛc.

ligiöse angesehen wird; eine Betrachtungsweise, die in dem religiösen Charakter der Familien-Verhältnisse, des Rechts überhaupt, und theilweise des Straf-Rechts ihren Grund und ihre Bestätigung hat. Hieher gehören neben den ältesten, den eigentlichen sacratae leges der Zeit nach vorausgehenden Bestimmungen, wonach der Frevler zugleich mit seiner Habe verfallen ist, diese späteren sacratae leges, so wie damit die religio consecrationum devotionum und exsecrationum, und die Frage, in wie fern bei den Römern Menschenopfer statt gefunden haben, in Verbindung steht.[132]) Da ich hiervon an einem andern Orte gehandelt habe, und neuerlich mit Bezugnahme auf meine Abhandlung diese Gegenstände wieder berührt worden sind,[133]) so darf ich mich sowohl rücksichtlich der Sache selbst, als auch der klassischen Belege und der Literatur hierauf beziehen, und nur das für jene Zeit praktische Resultat bemerken, daß derjenige, welcher für sacer durch Gesetz erklärt ist, ungestraft umgebracht werden dürfe, so wie überhaupt der Tod seine nächste Bestimmung ist, und diese dadurch erfüllt wird, daß er durch irgend welche Handlung oder Veranlassung um sein Leben kommt.[134]) Die crimi-

132) Davon handeln in meiner Comment. de antiq. Rom. jure crim. die §§. 28 — 30.

133) Meine Comm. a. a. O. und Sanio a. a. O. P. 56 ꝛc.

134) Vgl. Festus v. Sacratae leges, quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui Deorum sit, cum familia pecuniaque. Sunt, qui esse dicunt sacratas, quas plebs jurata in monte sacra sciverit. Derselbe voc. Sacer Mons appellatur trans Anienem paulo ultra tertium miliarium, quod eum plebes, cum secessisset a patribus, creatis tribunis plebis qui sibi essent auxilio, discedentes Jovi consecraverunt. At homo sacer is est, quam populus judicavit ab male-

nalistische Beziehung bei den leges sacratae, neben der religiösen, durch welche das Haupt eines Schuldigen einer Gottheit geweiht wurde, lag besonders darin, daß es dadurch dem Volke, und jedem Einzelnen aus der Mitte desselben nicht nur als Befugniß erlaubt, sondern zur Pflicht gemacht wurde, der Gottheit ihr Opfer zu gewähren, so daß also die Vollstreckung der gesetzlich mittelbar ausgesprochenen Strafe, in der Religiösität des Volkes selbst ihre Gewähr hatte.[135]) So lange überhaupt diese religiöse Grundlage des alten öffentlichen Rechts bestand, und nur diesem, nicht dem spätern, gehören solche Gesetze und deren Beobachtung an, war es möglich, auch für blos politische Zwecke, den Gesetzen eine bestimmte Stütze in der Beziehung auf die Re-

---

ficium, neque fas est eum immolari, sed qui occidit, parricidii non damnatur, nam lege tribunitia prima cavetur: qui sis eum, qui eo plebisscito sacer sit, occiderit, parricida ne sit, ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet. Vgl. denselben v. sacrosanctum u. was ich in der angeführten Comm. §. 29. Not. 80 — 82. ausgeführt habe. Liv. lib. VIII. Cap. 10. lib. XXII. Cap. 10. u. Cic. pro Tullio Cap. 47. Atque ille legem mihi de XII. tabulis recitavit (Vgl. oben Note 72.) — et legem antiquam de legibus sacratis, quae jubeat impune occidi eum, qui Tribunum pl. pulsaverit.

135) Die rein religiöse Beziehung findet sich ausgesprochen bei Macrob. Saturnal. III. 7. (wobei zugleich Trebatius religionum liber nonus erwähnt wird.) „Veteres nullum animal sacrum in finibus suis esse patiebantur, sed abigebant ad fines Deorum, quibus sacrum esset; animas vero sacratorum hominum, quas Graeci ξωάνας vocant, Diis debitas existimabant. Quemadmodum igitur, quod sacrum ad Deos ipsos mitti non poterat a se tamen dimittere non dubitabant; sic animas, quas sacras in coelum mitti posse arbitrati sunt, viduatas corpore quam primum illo ire voluerunt."

ligion zu verschaffen, wie dieses in der ersten Zeit des Freistaats,[136]) und nach Vertreibung der Decemvirn, geschah, wenn man nicht auch hier anerkennt, daß die organischen Bestimmungen, auf denen die Verfassung und die nothwendigen Beschränkungen der Magistrate beruhen, in ihrem letzten Grund einen religiösen Charakter hatten.[137]) Allein

136) Lex Valeria. Ante omnes de provocatione adversus magistratus ad populum sacrandoque cum bonis capite eius, qui regni occupandi consilia inisset gratae in vulgus leges fuere. Liv. lib. II. Cap. 8. Cic. de republ. II. 31. Schrader in der Tüb. krit. Zeitschrift I. Bd. 2. Hft. P. 135.

137) Liv. lib. II. Cap. 33. — „Agi deinde de concordia coeptum, concessumque in conditiones, ut plebi sui magistratus essent sacrosancti, quibus auxilii latio adversus consules esset; neve cui Patrum capere eum magistratum liceret.“ Derselbe lib. III. Cap. 55. Aliam deinde consularem legem de provocatione, unicum praesidium libertatis, decemvirali potestate eversam, non restituunt modo, sed etiam in posterum muniunt, sanciendo novam legem, Nequis ullum magistratum sine provocatione crearet, qui creasset eum jus fasque esse occidi: neque ea caedes capitalis noxa haberetur. Et quum plebem hinc provocatione, hinc tribunitio auxilio satis firmassent, ipsis quoque tribunis, ut sacrosancti viderentur (cuius rei prope jam memoria aboleverat) relatis quibusdam ex magno intervallo caerimoniis, renovarunt: et cum religione inviolatos eos, tum lege etiam fecerunt, sanciendo, ut qui tribunis plebis, aedilibus, judicibus, decemviris nocuisset, eius Caput Jovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris, Liberi, Liberaeque venum irent. Hac lege juris interpretes negant quemquam sacrosanctum esse: sed eum qui eorum cuiquam nocuerit, sacrum sanciri.“ Ueber die bei den Römern vorkommenden ver-

auch hier mußte mit dem allmähligen Wegfallen der alten religiösen Ansichten[138]) und der sich mehr selbstständig ausbildenden strafrechtlichen Gewalt eine Aenderung erst vorbereitet werden, dann völlig eintreten. Schon gleich anfangs lag in der Natur der Sanktion sacer esto, und in der auch dem Staat selbst nicht minder wie dem einzelnen Bürger eigenthümlichen religiösen Ansicht, daß von der Tödtungsbefugniß des einer Gottheit Verfallenen, nicht der Staat und die Obrigkeit ausgeschlossen waren, und so wurden sicher, so oft sich die Gelegenheit dazu darbot, die Schuldigen durch diese selbst zur Strafe gezogen,[139]) und es blieb also nur der Fall übrig, wo die Schuldigen aus irgend einem Grunde, z. B. durch Flucht, von der öffentlichen Strafgerechtigkeit nicht erreicht werden konnten.[140]) Ueberhaupt ist hier zu erinnern, daß bei den Römern oft dem Mangel polizeicher Anstalten, wie sie die spätere, und besonders unsere Zeit kennt, den Schuldigen auszumitteln und der gerichtlichen Behörde zu unterwerfen, dadurch abzuhelfen, oder vielmehr diesem staatspolizeilichen Interesse auf dem Wege zu genügen gesucht wurde, daß die mitwirkende Thätigkeit des Einzelnen (quilibet ex populo) in Anspruch genommen wurde, sey es, indem wie hier in dem religiösen Gesichtspunkt

---

schiedenen Meinungen über das Verhältniß dieser Magistrate, s. das, was Liv. a. a. O. mittheilt. Vgl. Liv. lib. II. Cap. 41. und unten Not. 144. Ueber die doppelte Bedeutung von sacer und sacratus in religiöser und rechtlicher Hinsicht. S. meine Comment. a. a. O. §. 28.

138) Schon Liv. lib. III. Cap. 55. deutet an, daß die religiöse Ansicht nicht mehr die herrschende war, und erst durch jene sacratae leges wieder mehr befestigt wurde; indeß konnte sich auch dieses nicht länger erhalten, wie selbst die bei den Römern vorkommenden verschiedenen Ansichten lehren.

139) Z. B. Liv. lib. VI. Cap. 14 ꝛc. 20. Niebuhr Röm. Geschichte Th. II. P. 318 ꝛc.

140) Niebuhr Röm. Geschichte. Zweiter Th. Erste Ausgabe. P. 155.

auch, so wie in dem des Vaterlandes, das Interesse des Bürgers unmittelbar mitenthalten ist, oder indem wie bei dem eigentlichen populares actiones, das Interesse durch die Möglichkeit eines zu erlangenden privatrechtlichen oder Vermögens-Vortheils erweckt werden sollte.[141]) Aus dem oben erwähnten Grunde ist es aber leicht ersichtlich, wie später, bei veränderten religiösen, politischen und rechtlichen Ansichten, jene Arten der Strafdrohung durch andere, unmittelbar den Tod als bürgerliche Strafe verordnende Gesetze verdrängt wurden, und damit auch eine mehr gesicherte Weise der Vollstreckung der Strafe eingeführt wurde,[142])

---

141) Tit. D. de popularibus actionibus XLVII. 23. Ueber diese und ihren Gegensatz privatae L. 42 pr. L. 43. §. 1. D. de procurator. III. 3. L. 7. pr. D. de jurisdictione II. 1. L. 1, pr. L. 5. §. 13. D. de effusis et dejectis. L. 30. §. 3. D. de jure-jurando XII. 2. L. 2. §. 34. D. ne quid in loco publico XLIII. 8. L. 1. pr. L. 3. §. 9. D. de lib. hom. exhib. XLIII. 29.

142) Vgl. die Note 137. mitgetheilte Stelle aus Liv. III. 55. „qui magistratum sine provocatione creasset, eum jus fasque esset occidi" mit der in demselben Jahre wie die Lex Valeria Horatia durch den Volkstribun M. Duilius in Antrag gebrachten, durch ein Plebiscit genehmigten Bestimmung: bei Liv. l. c. a. Ende. — „M. Duilius deinde tribunus plebis plebem rogavit, plebesque scivit: qui plebem sine tribunis reliquisset, quique magistratum sine provocatione creasset, tergo ac capite puniretur." S. jedoch noch Sanio a. a. O. P. 62. Note 30. und die daselbst angeführten Stellen aus meiner Comment.. Und über die Verbindung von jus und fas, welches letztere sich auf die Religion bezieht Cic. Orat. partit. Cap. 37. Virgil. Georgic. I. v. 269. — „Fas et jura sinunt, und dazu Servius in den Scholien.: „Divina humanaque jura permittunt. Nam fas ad religionem, jura ad homines pertinent. Varro de lingua lat. VI. 4. Brisson. de V. S.

welche sich denn später als die einzige, dem Wesen der Strafgerechtigkeit im Staate entsprechende, erhalten hat. So verschwindet denn diese Art der durch die politische Religion gebilligten Tödtung schon in der ersten Hälfte des Zeitraums der republikanischen Verfassung, und nur darin hat sich eine Spur während der spätern Zeit der Republick erhalten, daß das, zufolge der leges sacratae, mit dem Verfallen des Leibes und Lebens zugleich eintretende Verfallen des gesammten Vermögens, als eine Art unmittelbar gesetzlichen Erwerbes, die den Uebergang zu den spätern Confiskationen macht (wobei auch für das Vor-Justianische Recht, die wenigstens regelmäßiger eintretende Verbindung der Güter-Einziehung mit der Todesstrafe nicht zu übersehen ist,)[143]) erwähnt wird.[144])

---

voc. fas, nefas, jus. De formulis lib. V. Cap. CCXVIII. Nonius Marcellus (de proprietate sermonis) v. Nefarii proprietatem lib. 1. De vita populi Rom. Varro patefecit, a farre quod adoreum est, in quo scelerati uti non debeant; Non triticum, sed far. Hoc quoque idem adsignificat, quod qui indigni sunt qui vivant, nefarii vocantur. Ueber die Provocation vom Ausspruch des Dictators E. Huschke: Incerti auctoris Magistratuum et sacerdotiorum P. R. expositiones inedita e. Vratislav. 1829. P. 23 etc.

143) Tit. Cod. de bonis proscriptor. Vgl. mit Tit. D. de bonis damnator. Nov. 134. Cap. 13. Marezoll über die bürgerliche Ehre ꝛc. Gießen 1824. S. 39 ꝛc.

144) Siehe die Note 134. mitgetheilte Stelle aus Festus Sacratae leges. Cic. pro domo Cap. 38. Dirksen's Civil. Abh. Th. II. P. 117. Santo a. a. O. P. 63. Note 33. 34. Liv. lib. II. Cap. 41. „Sunt qui patrem (Sp. Cassii) auctorem eius supplicii ferant. Eum cognita domi causa verberasse ac necasse, peculiumque filii Cereri consecravisse, signum inde factum esse, et inscriptum, ex Cassia familia datum." Valer. Max. lib. V. Cap. 8. §. 2. — necari jussit ac peculium ejus Cereri consecravit. Plin. histor. nat.

Tödtung des Feindes des Vaterlandes.

§. 41.

Der andere Fall strafloser Tödtungen, dessen früher im Gegensatz zu dem durch Gesetz oder Urtheil erlaubten, als eines solchen gedacht ist, wo ohne diese Voraussetzung ein einseitiges Urtheil des Bürgers unter der Voraussetzung statt findet, und an ihm vollzogen wird, daß es das Wohl des Vaterlandes heische, und daß darin alle rechtlich gesinnten Bürger übereinstimmen würden, unterscheidet sich zunächst der Form nach dadurch daß nicht die unmittelbare Anerkennung der Rechtmäßigkeit der Tödtung sofort vorhanden ist, sondern daß erst nach eingetretener, durch den Zweifel veranlaßter Prüfung die Rechtmäßigkeit, wenn sie vorhanden ist, ausgesprochen wird, also bei erfolgter öffentlicher Anklage wegen strafbarer Tödtung, auf den Grund einer Einrede, die Freisprechung des Angeschuldigten erfolgt. Dieser Fall macht den Uebergang zu dem neuern Recht, und vermittelt die Gegensätze des ältesten und spätern Rechtes in der Lehre von den Tödtungen, als Verbrechen. Denn während er sich materiell, und seinem Princip und Voraussetzungen nach, dem bisher erwähnten Rechte anschließt, ist in der Form schon das spätere Princip vorherrschend, daß an und für sich die von dem Einzelnen um des Gemeinwohles willen verübte Tödtung nicht straflos sey, und also einer besondern Rechtfertigung bedürfe; daß diese aber selbst eintrete, aber eben darum auch nur der besondere Fall in seiner ganzen Eigenthümlichkeit zu erwägen sey, deshalb allgemeinere feste Bestimmungen hier nicht angegeben werden mögen, — dieß ist das Charakteristische jenes vermittelnden Princips, welches

---

XXXIV. 4. — Romae simulacrum ex aere factum Cereri primum reperio ex peculio Sp. Cassii — — Meine Comment. §. 36. Note 113. Cic. ad Attic. lib. IV. Epist. 2. — ferner dessen Rede post reditum und Derselbe de haruspic. resp.

sich erst allmählig, mit dem Aufhören des Freistaates dahin entwickeln mußte, daß, nachdem der alte materielle Gehalt dahin war, die Form den Inhalt des neuern Grundsatzes in sich faßt, und solche Tödtung nicht mehr als Ausnahme von der Lex Cornelia angeführt zu werden vermochte. Die Sache ist übrigens zu bekannt, und oft berührt, und es genügen hier daher nur wenige Bemerkungen. Daß nehmlich die früheste fast unumschränkte Gewalt, der an die Stelle des Königs erwählten Consuln, sehr bald beschränkt wurde, namentlich durch die Gesetze de capite et tergo civis Romani,[145]) durch die Provocation an das Volk,[146]) durch die XII. Taafel-Gesetze,[147]) und daß also was dem

145) Cic. de republ. II. 31. 32. Schrader Not. 136 cit.

146) Huschke incerti auctoris de magistrat. et sacerd. P. R. expos. ined. P. 45 etc.

147) Cic. de legib. lib. III. Cap. 19. „Tum leges praeclarissimae de XII. Tabulis translatae duae: quarum altera privilegia tollit; altera de capite civis rogari, nisi maximo comitiatu, vetat. Et nondum natis seditiosis Tribunis Plebis, ne cogitatis quidem, admirandum, tantum maiores in posterum providisse: in privos homines leges ferri noluerunt: id est enim privilegium; quo quid est injustius? cum legis haec vis sit scitum et justum in omnes. Ferri de singulis, nisi centuriatis comitiis, noluerunt: descriptus enim populus censu, ordinibus, aetatibus, plus adhibet ad suffragium consilii, quam fuse in tribus convocatus. Derselbe a. a. O. lib. III. Cap. 4. — Privilegia ne irroganto: de capite civis, nisi per maximum comitiatum — ne feruntо. Derselbe pro Sextio Cap. 30. Cur, cum de capite civis (non disputo cuiusmodi civis) et de bonis proscriptio ferretur, cum et sacratis legibus et XII. Tabulis sancitum esset, ut neque privilegium irrogari liceret, neque de capite nisi comitiis centuriatis rogari, nulla

Magistrate nicht frei stand, noch weniger dem Einzelnen als solchem erlaubt seyn konnte, bedarf keiner Beweise. Aber in dringenden Fällen übertrug der Senat den höchsten Beamten eine Machtvollkommenheit, welche vorübergehend eine monarchische genannt werden kann, indem entweder ein Dictator (optima lege,[148]) ohne Provocation ernannt wurde, oder die Consuln eine ausgedehnte Vollmacht durch die Formel erhielten, „ut viderent ne quid detrimenti res publica capiat.“ Wenn nun dadurch dennoch ihre Verantwortlichkeit als solche nicht aufhörte, so war doch die Verantwortung eine leichtere und durch die Ver-

---

vox est audita Consulum? constitutumque est illo anno, quantum in illis duabus huius imperii vestibus fuit, jure posse per operas concitatas quemvis civem nominatim Tribuni plebis consilio ex civitate exturbari? Derselbe de republic. Liv. II. Cap. 36. — Quo tamen e collegio (der Decemvirn vom zweiten Jahre) laus est illa eximia C. Julii, qui hominem nobilem L. Sextium cuius in cubiculo effossum esse, se praesente, mortuum diceret, cum ipse potestatem summam haberet, quod Decemir sine provocatione esset, vades tamen poposcit; quod se legem illam praeclaram neglecturum negaret, quae de capite civis romani, nisi comitiis centuriatis, statui vetaret.“ Vgl. Salvianus de gubernatione Dei. lib. V. i. f. — „Interfici enim indemnatum quemcunque hominem etiam XII. Tabularum decreta vetuerunt.“ Dirksen's Uebersicht ꝛc. P. 644 ꝛc.

148) Festus v. optima lex. — postea quam vero provocatio ab eo magistratu data est, quae antea non erat, desitum est dici, ut optima lege, utpote imminuto jure priorum magistratuum. Liv. II. 18. 29. IV. 13. VIII. 35. L. 2. §. 18. D. de O. J. (Pomp.) Dictatores proditi sunt, a quibus nec provocandi jus fuit, et quibus etiam capitis animadversio data est. Vgl. Note 146.

hältniſſe in der Regel um ſo weniger zweifelhaft, je mehr theils gerade rückſichtlich dieſer ſelbſt der Senat jene erweiterte Befugniß für nöthig erachtet hatte, und je größer das Zutrauen zu den Männern war, denen dieſelbe ertheilt wurden, und deren alleiniges Ermeſſen über das entſcheiden ſollte, was das Staatswohl erfordere. Gerade aber dadurch, daß die Sache vor dem Volk zur Sprache kam, und es als eine allgemein anerkannte Entſchuldigung und Einrede galt — die Tödtung ſey zum Wohl des Vaterlandes verübt, wurde es möglich, daß dieſer Umſtand auch von andern, zu ihrer Rechtfertigung mit Erfolg angeführt werden konnte, welchen nicht jene Befugniß vom Senat ertheilt war, ja welche gar nicht Magiſtrate waren, aber in deren Einſicht das Bedürfniß, das Vaterland durch ſchleunige Vernichtung eines innern Feindes zu retten gegründet war, und die ſich darum berufen fühlten, dem Staate dieſen Dienſt zu leiſten, und im Vertrauen auf den innern Gehalt ihrer Handlung, ſich durch die Furcht vor Verantwortung, und das zweifelhafte Urtheil des Volkes nicht abhalten ließen, welches freilich auch mißbilligend ſeyn konnte, wie das Schickſal Cicero's nach der Tödtung der Mitverſchwornen des Catilina und das des Milo lehrt. Auch war hier natürlich bei der Verſchiedenheit der Anſichten und des Intereſſes eine auf politiſchen Gründen beruhende Oppoſition des Senates und Volkes oft ſichtbar.[149])

149) Beiſpiele führt an Sanio a. a. O. P. 64. Spurius Mälius des Strebens nach der Widerherſtellung der Königswürde verdächtig, war, da er ſich weigerte in der vom Dictator L. Quinct. Cincinnatus berufenen Verſammlung zu erſcheinen, von dem Servil. Ahala umgebracht worden. Der Dictator erklärte jure caesum, etiam si regni crimine insons fuerit: qui vocatus a magistro equitum ad dictatorem non venisset. Liv. lib. IV. Cap. 12 — 15. Der Ankläger P. Dec. Mus, Volkstribun, machte gegen L. Opimius wegen der von dieſem zugeſtandenen Tödtung des C. Graechus geltend — ne sceleratissimum quidem civem sine ju-

Tödtung des Proscribirten.

§. 42.

Nur theilweise fallen unter unser allgemeines Princip die straflosen Tödtungen der durch Proscription Geächteten. Die Proscriptionen, welche Sulla zuerst einführte, sind ein trauriges Erzeugniß der Bürgerkriege und des geschwundenen bessern Geistes, und kommen als unrechtmäßige Handlungen und Mißbrauch der höchsten Gewalt zu tadelnswerthen Zwecken in gar keine rechtliche Betrachtung. Es ist hinlänglich bekannt zu welchen Mißbräuchen sie auch bei Einzelnen führten, und wie besonders das Streben nach dem Vermögen, dem Leben der Besitzer Gefahr brachte. Diese Ungerechtigkeiten und Willkühr, die unter einem Scheine des Rechts verübt wurden, haben nur an den Mißbräuchen eine Parallelle, welche mit dem leges majestatis von Seiten der Delatoren und den ersten Principes getrieben wurden.[150]) Aber der Schein oder die Form Rechtens, die hier statt fand, macht es nöthig, den Proscriptionen hier eine Stelle anzuweisen, und verbietet es sie gänzlich unbeachtet zu lassen. An das frühere Recht knüpft sich nehm-

---

dicio jure ullo necari potuisse: da sich aber jener durch die Einrede zu schützen suchte, er habe es um des Vaterlandes willen gethan, so wurde diese Frage Gegenstand der Beurtheilung der Geschwornen: potueritne recte ex SCto. servandae rei publicae causa perniciosum civem indemnatum necare? und Opimius freigesprochen. Cic. de Orat. II. 25. 30. Orat. partit. 29. 30. Cicero selbst macht diesen Grund an vielen Orten geltend, namentlich gedenkt er oft mit Beifall der verdienstvollen Handlung des Scipio Nasica der den Tib. Gracchus entleibt hatte. Belegstellen hat Sanio a. a. O. Note 99. gesammelt. Vgl. auch für das Attische Recht Schömann u. Meier a. a. O. S. 309.

150) Vgl. Meine Beiträge zur richtigen Erklärung der L. 5. Cod. ad leg. Jul. Maj. im neuen Archiv des Crim. Rechts Bd. VII. St. 1. S. 141 ꝛc.

lich äußerlich dieſe Maaßregel der Gewalt dadurch an, daß die Feinde Sulla's, ſpäter auch der Triumviri, vom Senat für Feinde des Vaterlandes erklärt (hostes rei publicae judicati) und dadurch ihre Tödtung jedermann erlaubt wurde.[151]) Sulla ſelbſt, er, der die nach ihm benannte Lex Cornelia de sicariis veranlaßte, nahm diejenigen, welche einen Proſcribirten umbrachten, ausdrücklich von dieſem Strafgeſetz aus, und verhieß ihnen ſogar Belohnungen.[152]) Ob es aber eine Rückkehr zu dem Princip der Gerechtigkeit, oder nicht von einer andern Seite her, eben ſo das Verfolgen eigner politiſcher Anſichten und Pläne, im Verhältniß zu den Gegnern war, daß ſpäter Julius Cäſar, ſolche die wegen ihrer Befolgung der Proſcriptionsgeſetze, und der Theilnahme an den Vortheilen derſelben, auf Strafloſigkeit Anſprüche hatten, zur Strafe ziehen, und jene Ausnahme der Lex Cornelia nicht gelten ließ[153]) ſcheint nach einer richtigen Würdigung des damaligen politiſchen Zuſtandes, und ſeines Einfluſſes auf das Criminalrecht nicht ſchwer zu unterſcheiden. Mag er in der Sache Recht gehabt haben, in der Form ſteht der frühern Willkühr eine neue gegenüber, und daß ſie als ſolche galt, zeigt der Umſtand, daß eben die ſpätern Triumviri nochmals zu jener verwerflichen Maaßregel der Proſcriptionen zurückkehrten.[154])

---

151) Liv. Epit. 77. Appian. bell. civil. I. 60. Vel. Paterc. II. 19. Val. Max. VI. 5. §. 7.

152) Liv. Epit. 89. Appian. Bell. Civ. I. 60 ꝛc. 95. Val. Max. IX. 2. §. 1. Seneca de provid. 3. de ira II. 34. III. 10. de benef. V. 16. Salust. bell. Catil. 51. Sueton. Jul. Cap. 11. Vellej. Paterc. II. 28. Beſonders N. Kloekhof histor. juris rom. de bonis damnator. L. B. 1749. 8. P. 68 ꝛc. Santo a. a. O. P. 67.

153) Sueton. Jul. Cap. 11. Dio Caſſius Lib. XXXVII. Cap. 10.

154) Sueton. Octav. Cap. 27. Appian. a. a. O. IV. 8 ꝛc. Dio Caſs. XLVII. Cap. 1 ꝛc.

Indeß muß von diesem Mißbrauch der rechte Gebrauch wohl unterschieden werden, wonach diejenigen welche später vom Senat für hostes erklärt wurden, ungestraft getödtet werden durften,[155] nur daß dann jener Fall noch eine Eigenthümlichkeit hat, die ihm von dem andern, auf dem Princip des Patriotismus dessen, der die Tödtung nach eignem Urtheil vollzog, beruhenden, unterscheidet. Die Befugniß zur That ist formell hier unzweifelhafter als in den frühern Fällen, die den materiellen Gehalt für sich haben, aber um so zweideutiger ist in der Regel bei veränderten Verhältnissen die Gesinnung dessen, der von solcher Befugniß Gebrauch macht. Spuren dieses Rechts finden sich noch in der Justinianischen Compilation.[156]

Tödtung des Ueberläufers.

§. 43.

Mit der Befugniß, die für hostes erklärten innern Feinde zu tödten, steht in Verbindung, die im Justinianischen Rechte als praktisch erwähnte Berechtigung, die Ueberläufer, wo man ihrer habhaft werden könne, ums Leben zu bringen.[157] Hier hat aber die Sache am wenigsten

155) Die Competenz des Prinzeps und des Senats in strafrechtlichen Fällen, besonders bei Verbrechen gegen den Staat, und die Gültigkeit der Senatsschlüsse, gleich Gesetzen, dienen unter andern zur Erklärung. Dirksen's civil. Abhandlungen I. Th. 2. Abhandl. S. 93 ꝛc. L. 5. §. 1. D. de capite minutis ... „quos Senatus hostes judicavit, vel lege lata.“ (Ueber die Lesarten von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. Th. III. P. 631.) Sanio a. a. O. Note 24. Brisson. de Formulis lib. II. Cap. CLXII.

156) L. 5. §. 1. D. de capite minutis. Note 155. Hierher gehört aber nicht L. 11. §. 3. D. de his qui notant. infam.

157) L. 3. §. 6. D. ad leg. Cornel. de sicar. (Marcian.) Transfugas licet, ubicunque inventi fuerint,

Schwierigkeiten. Der Soldat, der dem sacramentum zuwider ausreißt, begeht ſchon nach Röm. Recht ein ſchweres Verbrechen, derjenige aber der zum Feinde übergeht, giebt die Geſinnung zu erkennen, die den Feind des Vaterlandes bezeichnet, und die er zugleich durch ſein Verfahren auf ſchändliche Weiſe bethätigt; wer zum Feind übergeht, mag auf keine andre Behandlung Anſpruch machen, als die überhaupt dem Feinde widerfährt.[158]) Aber die Geſinnung des Feindes, im gewöhnlichen Sinn, des einem Volke Angehörigen, mit dem die Römer ſich im Kriegsſtande befinden, iſt von ihrer Seite aus betrachtet, eine ehrenwerthe, und daher ſteht der Feind als ſolcher unter dem Schutz völkerrechtlicher Grundſätze, ſo weit als ſich dieſe nach dem jedesmaligen Sittenzuſtand geltend machen. Hiervon iſt aber der Ueberläufer und Verräther[159]) ausgeſchloſſen, der ſelbſt

---

quasi hostes interficere. Es iſt nicht unwichtig, daß dieſe Ausnahme in dem Titel de sicariis ſelbſt ſteht. Vgl. über desertores L. 2. Cod. quando liceat unicuique sine judice (III. 27.) (Arcad. Honor. et Theod.) Opprimendorum desertorum facultatem provincialibus jure permittimus. Qui si resistere ausi fuerint, in his velox ubique jubemus esse supplicium. Cuncti etenim adversus latrones publicos, desertoresque militiae, jus sibi sciant pro quiete communi, exercendae publicae ultionis indultum. Vgl. L. 1. 2 Cod. de desertoribus et occultatoribus eorum (XII. 46.)

158) L. 19. §. 4. D. de captivis XLIX. 15. (Paulus) „Transfugae nullum postliminium est: nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est. Vgl. §. 5 ꝛc. eod. L. 7. D. de re militari. XLIX. 16. (Tarruntenus Paternus.) Proditores vel transfugae plerumque capite puniuntur et exauctorati torquentur; nam pro hoste non pro milite habentur.“

159) Festus v. Perfugam. Brisson. de V. S. v. Transfuga u. hostis und die vorhergehende Note 158.

vom Feinde, zu dem er übergeht, keine Achtung erwarten darf. Das Recht der Tödtung derselben, die wieder jedem erlaubt ist, schließt aber auch hier nicht die strenge Strafgerechtigkeit des Staats aus, die dieser ausübt so fern er dazu Gelegenheit hat.[160]) Begreiflicherweise tritt aber dann bei der Beurtheilung der strafwürdigere Gesichtspunkt des Verraths ein, die transfugae werden als perduelles behandelt und dieses ist alten Rechtens und so mit dem Pandecten-Recht in Justinians Rechts-Sammlung übergegangen.[161])

IV. Von den aus dem Gewalt-Verhältniß abgeleiteten Tödtungs-Befugnissen.

§. 44.

Daß die Gewalt des Vaters über Leben und Tod der Hauskinder, des Herrn über die Sklaven, zunächst und ursprünglich eine auf eigenthümlichen Grundsätzen beruhende war, die zwar die Grundlage des häuslichen Straf-Rechts ist, aber sich keineswegs auf dasselbe beschränkt, habe ich in

---

160) L. 7. D. de re mil. Note 158. L. 3. §. 10. D. eod. (Modestin.) Is, qui ad hostem confugit, et rediit, torquebitur, ad bestiasque vel in furcum damnabitur, quamvis milites nihil eorum patiantur. L. 8. §. 2. D. de poenis XLVIII. 19. (Ulp.) Hostes autem, item transfugae ea poena afficiuntur, ut vivi exurantur. (Ueber Lesart und Emendations-Versuche Sanio a. a. O. Note 36.) L. 38. §. 1. D. eod. (Paulus) Transfugae ad hostes, vel consiliorum nostrorum renunciatores aut vivi exuruntur aut furca suspenduntur. Paul. sent. rec. lib. V. Tit. 29. §. 1.

161) L. 2. D. ad leg. Jul. Maj. XLVIII. 4. (Ulp.) — aut qui exercitum deseruit, vel privatus ad hostes perfugit — und Note 160. Die Zeugnisse über das ältere Recht hat Sanio a. a. O. Note 27 — 30.

einer eignen Abhandlung darzuthun geſucht.[162]) Das imperium domesticum iſt beſchränkt durch ſeine Vorausſetzung und die durch Sitte gebotene Weiſe der Ausübung; erweitert rückſichtlich der demſelben unterliegenden Perſonen. Aber das Recht der Gewalt geht überhaupt weiter, als das imperium domesticum; dieſes ſetzt eine ſtrafwürdige Handlung eines Abhängigen voraus, welche Veranlaſſung der Ausübung des Rechts wird; jene berechtigte zum Verkauf, der Ausſetzung und Tödtung, früher in größerer Ausdehnung, ſpäter immer mehr, erſt rückſichtlich der Kinder, dann auch beſonders der Sklaven beſchränkt, bis die ganze Befugniß hinwegfällt und ohne Ausnahme im neueſten Recht die gewöhnlichen Grundſätze über das Verbrechen der Tödtung zur Anwendung kommen. Je mehr aber dieſe Theile der Römiſchen Rechts-Geſchichte, die Lehre der patria potestas, und der potestas domini, der manus ꝛc. zu den, nach der Beſchaffenheit der Quellen, bekannten, gehören, und je weniger, was ich zu meiner frühern Abhandlung jetzt nachträglich zu bemerken und zu verbeſſern habe, mit dem Gegenſtand dieſer Unterſuchung in Verbindung ſteht, da hier nehmlich nur die eine Seite des Verhältniſſes hervorzuheben iſt, daß dieſelbe früher und lange Zeit hindurch eine Tödtung rechtfertigt, die ſpäter nicht mehr vorkommen darf, alſo das praktiſche Reſultat das gänzliche Auf-

---

162) S. den Abſchnitt de domestico imperio in meiner angeführten Comment. de ant. Rom. jure crim. §. 33 — 40. womit jetzt beſonders zu verbinden iſt Klenze die Cognaten und Affinen a. a. O. P. 21 ꝛc. Die geſchichtliche Darſtellung der Lehre der väterlichen und Herrn-Gewalt ꝛc. und ihres Einfluſſes auf die Befugniß der Tödtung, mit der genauern Angabe der Literatur, ſ. bei Zimmern Geſchichte des Röm. Privat-Rechts I. Band 2. Abth. §. 140. 179 ꝛc. Ueber die ſpätern hier eintretenden ſtrafrechtlichen Geſichtspunkte bei der Tödtung, Kinder-Ausſetzung ꝛc. Mein Syſtem der Crim. R. W. §. 197. 274. und P. 321 ꝛc. 346 ꝛc.

hören jener Befugniß ist — um so eher wird es erlaubt seyn, hierüber mich auf das bereits Ausgeführte und Bekannte zu beziehen, und gleich zu dem letzten der oben aufgestellten Gesichtspunkte überzugehen.

V. Von den variae causarum figurae.

Allgemeine Bemerkungen.

§. 45.

Es sind nehmlich noch einzelne Fälle zu erwähnen, die einen mehr selbstständigen Charakter haben, und ohne Zwang nicht unter eins der frühern Principien unmittelbar gestellt werden können. Denn obgleich nach irgend einer andern Seite hin eine Verbindung dieser Fälle erlaubter Tödtungen mit einem andern historisch-politischen Grundsatze nachgewiesen werden kann, so ist doch diese Rücksicht nicht gerade die praktische, welche das ältere Römische Recht hervorhebt. Ich habe daher, so wenig ich ein Freund von einer Rubrick bin, welche ohne ein inneres gemeinschaftliches Princip verschiedenartige Fälle umfaßt, doch nicht gewagt, z. B. die Tödtung des zahlungs-unfähigen Schuldners mehrerer Gläubiger unter den Gesichtspunkt der privata vindicta zu stellen, obschon vielleicht die Grundansicht auf welcher beide Anwendungen beruhen, dieß eher rechtfertigen dürfte, als die Meinung, daß hier eine Art von Concurs und Theilung unter den Gläubigern statt fände, die schon dadurch widerlegt wird, daß es auf die Beobachtung eines Verhältnisses bei der Theilung nach dem Gesetze nicht ankommt (si plus minusve secuerunt, sine fraude esto). Ein wichtigerer Grund, gegen die Ableitung aus der Privat-Rache, und daher eine Rechtfertigung der hier befolgten Stellung scheint mir darin zu liegen, daß überall durch Contrahirung einer strengen Geldschuld und durch den persönlichen Credit, eine Verhaftung der Person selbst angenommen wird, so daß sie, der man getraut hat, auch selbst dafür aufkom-

men müsse, und daß man solche Strenge theils für nothwendig gehalten habe, zur Aufrechthaltung des Credits, theils auch als eine unmittelbar nothwendige Folge des Nichterfüllens seines geleisteten Versprechens, und eine passende Bestrafung dafür, betrachtet habe, wovon sich in der Schuld-Knechtschaft der Römer und in ähnlichen Verhältnissen bei den germanischen Völkern, und bis auf unsere Zeit in allen Ländern, hauptsächlich in England und Frankreich, und dann auch bei uns, praktische Folgen erhalten haben, in dem Wechsel-Arrest, und überhaupt in der, wiewohl durch manche Bedingungen beschränkten Möglichkeit eine Schuldgefangenschaft auszuwirken.

Mit mehr Grund läßt sich die erlaubte Tödtung des neugebornen Kindes, dessen Mißgestalt, oder sonstige mangelhafte Beschaffenheit, nicht die Hoffnung begründet, daß es einst dem Staate ein brauchbares Glied seyn werde, auf das Princip der väterlichen Gewalt (N. IV.) zurückzuführen. Darunter habe ich es auch oben stillschweigend mitverstanden, wo von dem jus vitae necisque des Vaters, in einer viel ausgedehnteren Bedeutung die Rede war. Der Grund aber, warum dieser Fall hier noch einer besondern Erwähnung zu bedürfen scheint, ist der allgemeine, daß nach der Ansicht eines kriegerischen Volkes, wie die alten Römer waren (und auch ältere und spätere Stämme theilen dieselbe, z. B. die germanischen), hier noch eine specielle politische Rücksicht eintritt, und der besondere, daß die Quellen, neben dem Recht des Vaters über Leben und Tod der Kinder, noch ausdrücklich diesen Fall als eine Pflicht hervorheben, wiewohl man immer zugeben muß, daß, wie verschieden auch der Beweggrund zu einer solchen Tödtung vor andern seyn möge, doch die Ausübung der Befugniß hierzu, ein Ausfluß der väterlichen Gewalt ist. Dagegen lassen sich auf dieses Princip nicht die Fälle zurückführen, wo alte gebrechliche Männer dem Tode Preis gegeben werden, eine uralte Sitte, die auch bei andern Völkern sich findet, oder wenn von Staatswegen Mißgeburten getödtet werden. Und auch keines

der andern Principien leidet auf diese Fälle Anwendung, von denen sich also nur sagen läßt, daß sie auf altem nationalen Herkommen, in Verbindung mit religiösen Grundlagen beruhen, und durch Gesetze entweder bestätigt, oder wenigstens als sich von selbst verstehende Ausnahmen, der die Tödtung im Allgemeinen verbietenden Verordnungen angesehen wurden. Hieraus erklärt sich auch das frühere Wegfallen dieser Befugnisse, für die es jedoch bei jedem einzelnen dieser Fälle noch eigenthümliche historische Gründe giebt, deren Erörterung hier entbehrlich ist, da sie nicht unbekannt und jetzt auch meist unbestritten sind. So namentlich die Aufhebung des Rechts den insolventen Schuldners zu tödten, und die Milderung und spätere Aufhebung der Schuldknechtschaft, die Beschränkung und spätere Aufhebung der Tödtungsbefugniß des Vaters, das Abkommen des Tödtens der Greise. Es genügt hier also eine kurze Aufzählung dieser Fälle,[163]) mit der Bemerkung, daß sie meist nur ein historisches Interesse haben.

Einzelne Fälle.

Des zahlungsunfähigen Schuldners.

§. 46.

1) Das Verfahren mit dem zahlungs-unfähigen Schuldner, unter Voraussetzung der hiezu geeigneten strengen Verbindlichkeit ist von Gellius[164]) aus-

163) Mir sind bei meinen Untersuchungen keine weiteren bekannt geworden. Sollte ich aber erhebliche übergangen haben, so werde ich jede Belehrung mit Dank anerkennen.

164) Noct. Attic. lib. XX. Cap. I. — Tertiis autem nundinis capite poenos dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. (Hiezu vgl. Puchta im Rheinischen Museum. II. Z. S. 385. Sed eam capitis poenam sanciendae, sicut dixi, fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu novis-

fährlich geſchildert. Das äußerſte Mittel iſt die bekannte corporis sectio in partes, welche mehrern Gläubigern zu ihrer beſondern Genugthuung frei ſtehen ſoll. Wenn es nun gleich nicht unbeſtritten iſt, ob wirklich das Theilen und in Stücke Hauen des Schuldners wörtlich zu verſtehen ſey, ſo ſind doch jetzt von den Meiſten, die Gründe dafür als überwiegend anerkannt,[165]) und es iſt folglich dieſer Fall hier mitzuerwähnen, der übrigens, auch ſo lange das Geſetz beſtand, indirecte in ſeiner Anwendung beſchränkt wurde, und bald ganz wegfiel, indem eine mit den politiſchen Verhältniſſen und den Zwiſtigkeiten der Plebejer mit den Patriciern in Verbindung ſtehende ſpätere Geſetz-

---

que terroribus metuendam reddiderunt: nam si plures forent, quibus reus esset judicatus, secare si vellent atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa Legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare: Tertiis, inquit nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraudo esto. Hiemit ſind in Verbindung zu ſetzen: Quinctilian. Instit. orator. lib. III. Cap. 6. Sunt enim quaedam non laudabilia natura, sed jure concessa: ut in XII. Tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit. — Tertullian. Apologet. Cap. 4. Sed et judicatos in partes secari a creditoribus leges erant: Consensu tamen publico crudelitas postea erasa est, et in pudoris notam capitis poena conversa est bonorum adhibita proscriptione: suffundere maluit hominis sanguinem quam effundere. Vgl. Dirkſen's Ueberſicht der bisherigen Verſuche ꝛc. P. 257 ꝛc.

165) Vgl. Niebuhr Röm. Geſchichte. II. Th. S. 313. 314. Hugo's Geſchichte des Röm. Rechts. X. Auflage. S. 311. Schweppe Röm. R. G. II. Auflage. §. 582.

gebung, ein ganz neues Verfahren in Schuld- und Credit-Sachen einführte.[166])

Der Mißgeburt.

§. 47.

2) Die XII. Tafel-Fragmente gedenken, unabhängig von dem Recht des Hausvaters über Leben und Tod der in seiner Gewalt befindlichen Kinder, der Befugniß die monströse Geburt zu tödten, und zwar mehr noch in der Eigenschaft einer Pflicht, so daß hiebei die Frage über das Verhältniß dieser Bestimmung zu einer ähnlichen, die schon dem Romulus zugeschrieben wird, entsteht. Dürfte man die Quelle[167]) der spätern Bestimmung der XII. Taf. für vollständig genug halten, was jedoch nicht der Fall ist, so wäre das Resultat, daß die frühern Beschränkungen des Romulischen Gesetzes aufgehoben wären; welches die Tödtung nur

---

166) Vgl. die bei Haubold Instit. historic. dogmatic. lin. (ed. Otto) P. 228 u. 432. angeführten Schriftsteller.

167) Cic. de legibus lib. III. Cap. 8. — „Nam mihi quidem pestifera videtur (sc. Tribunorum Plebis potestas) quippe quae in seditione et ad seditionem nata sit: cuius primum ortum si recordari volumus, inter arma civium et occupatis et obsessis urbis locis procreatum videmus. Deinde quum esset cito legatus: tanquam ex XII. Tabulis insignis ad deformitatem puer, brevi tempore recreatus multoque taetrior et foedior natus est.“ Vgl. Dirksen's Uebersicht P. 265 ꝛc. Hierauf bezieht sich Seneca de ira lib. I. Cap. 15. „Portentosus foetus exstinguimus, liberos quoque si debiles monstrosique editi sunt mergimus.“ Vgl. Senec. Controv. lib. V. Cap. 33. und Macrob. Saturn. Cap. ult.

bedingt erlaubte,[168]) während jenes die Tödtung ſofort gebietet. Allein, wie auch die Sache ſich verhalte, wir ſind befugt hier einen uralten römiſchen Gebrauch, der wahrſcheinlich von andern Stämmen überkommen iſt, anzunehmen, und der urſprünglich ſelbſtſtändig, erſt in der Folge auf das Princip der väterlichen Gewalt bezogen wird, und ſich beſchränkt forterhalten hat, ſo wie er jetzt noch aus dem Grunde von den Neuern behauptet wird, daß die monſtröſe Geburt kein Recht zu leben habe.[169])

Des Zwitters.

§. 48.

3) Wir haben ferner Zeugniſſe, daß wirkliche Mißgeburten, deren Begriff ſehr ausgedehnt genommen worden zu ſeyn ſcheint, indem darunter auch Hermaphroditen begriffen wurden, aus religiöſen Rückſichten von Staatswegen getödtet wurden.[170]) Wenn nun unſere bis-

---

168) Dionys. Halicarn. lib. II. Cap. 15. *Πρῶτον μὲν εἰς ἀνάγκην κατέστησε (ὁ Ῥωμύλος) τοὺς δικητορας αὐτῆς ἅπασαν ἀφέντα γενεὰν ἐκτρέφειν, καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους. ἀποκτιννύναι δὲ μηδὲν τῶν γενομένων νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον, ἢ τερας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς. τἀῦτα δ' οὐκ ἐκωλυσεν ἐκτιθέναι τοὺς γεινομένους, ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδρασι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν, ἐὰν κακείνοις συνδοκῃ. κατὰ δὲ τῶν μὴ πειθομένων τῳ νομῳ ζημίας ὥρισεν ἄλλας τε καὶ τῆς οὐσίας αὐτῶν τὴν ἡμίσειαν εἶναι δημοσίαν.*

169) Vgl. z. B. Tittmann Handbuch der Straf, R. W. 2. Aufl. Th. I. §. 145. Wächters Lehrbuch ꝛc. §. 162. Note 24.

170) Liv. lib. XXVII. Cap. 37. Liberatas religione mentes turbavit rursus nunciatum, Fra-

herige Betrachtung sich lediglich auf die Fälle beschränkte, wo es dem Einzelnen unabhängig vom Staate, und ohne dessen Strafgesetz zu verfallen, erlaubt seyn sollte, eine Tödtung vorzunehmen, so möchte es scheinen, daß dieser Fall hier gar nicht hätte erwähnt werden sollen. Aber wir haben für denselben keine Stelle, wenn wir ihn nicht unter den Gesichtspunkt der Sühnopfer, und religiöser Forderung betrachten wollen, und so mag er denn hier wenigstens als eine Ausnahme von dem Falle gedacht werden, daß der Staat selbst sonst nur zufolge rechtlicher Nothwendigkeit das Leben eines Menschen entzieht. [171])

---

sione infantem natum esse quadrimo parem, nec magnitudine tam mirandum, quam quod is quoque, ut Sinuessae biennio ante, incertus mas an femina esset, natus erat. Id vero aruspices ex Etruria acciti foedum ac turpe prodigium dicere, extorrem agro Romano procul terrae contactu alto mergendum. Vivum in arcam condidere provectumque in mare projecerunt. Vgl. Idsinga Var. jur. civ. Cap. 12. Hiernach hätte Wächter a. a. O. nicht Grund gehabt zu der Behauptung Quistorp's (Grundsätze des peinlichen Rechts §. 217.) daß auch die Tödtung eines Hermaphroditen bei den Römern erlaubt gewesen sey, ein Ausrufungszeichen zu machen. Später hat sich mit veränderten religiösen und rechtlichen Grundlagen allerdings auch dieses bei den Römern geändert.

171) Bei dem Hermaphroditen ist daher nicht mehr die Rede, ob er leben dürfe, sondern nur, zu welchem Geschlecht er zu rechnen sey. L. 10. D. de statu hominum I. 5. L. 15. §. 1. D. de testibus XXII. 5. Vgl. Thibaut System des Pandekten-Rechts. 7. Aufl. §. 229. Zur Tödtung der Mißgeburt fordern die Practiker die Zuziehung der Obrigkeit. Wächter a. a. O. und die daselbst citirten Schriftsteller. Feuerbachs Lehrbuch §. 207. Note f. Genauere Bestimmungen enthält das Preuß. A. L. R. II. 20. §. 116—118. u. I. 1. §. 17. 18.

Der Greise.

§. 49.

4) Das Herabstürzen der mindestens sechszigjährigen Männer von einer Brücke, — ein Gebrauch dessen Gründe mit ihm selbst den spätern Römern nicht mehr bekannt waren, weshalb auch die Quellen darüber verschiedene historisch-politisch-religiöse Ansichten enthalten. Wir begegnen demselben auch bei andern ältern und neuern Stämmen und werden bei dem germanischen Rechte nochmals darauf zurückkommen.[172])

---

172) Die Hauptstelle ist bei Festus voce sexagenarios. — Sexagenarios de ponte olim dejiciebant, cuius causam Manilius hanc refert quod Romam qui incoluerint primi Aborigines, hominem, sexaginta annorum qui esset, immolari diti patri quotannis soliti fuerint, quod facere eos destitisse adventu Herculis, sed religione postea veteris moris scirpeas hominum effigies de ponte in Tiberim vetere modo mittere instituisse. Alii dicunt morante in Italia Hercule, quod quidam eius comitum habitaverint secundum ripam Tiberis, atque Argaeos se ab Argivis vocaverint arvis, quorum proditam memoriam redintegrari, eo gente missum ab Graeca legatum quendam Argaeum diu cum iis Romae moratum esse, his ut obierit, institutum a sacerdotibus, ut effigies scirpea ex omnibus, cum quae publicae erant rei, nuntiavisset, per flumen et mare in patriam remitteretur. Sunt, qui dicant, post urbem a Gallis liberatam ob inopiam cibatus coeptos sexaginta annorum homines jaci in Tiberim, ex quo numero unus filii pietate occultus saepe profuerit patriae consilio sub persona filii, id ut sit cognitum, ei juveni esse ignotum et sexagenariis vita concessa, latebras autem eius, quibus arcuerit tenem,

Andere angebliche Fälle.

§. 58.

So wie nun überhaupt alle jene auf verschiedenen Principien beruhende Ausnahmen im neuern Rechte entweder ganz

---

id est cohibuerit, et celaverit, sanctitate dignas esse visas, ideoque Arcaea appellata. Sed exploratissimum illud est causae, quo tempore primum per pontem coeperunt comitiis suffragium ferre, juniores conclamaverunt, ut de ponte dejicerentur sexagenarii, qui jam nullo publico munere fungerentur, ut ipsi potius sibi, quam illi, deligerent imperatorem. Cuius sententiae est etiam Sinnius Capito. Vanam autem opinionem de ponte Tiberino, confirmavit Afranius in Repudiato. Vgl. ferner Fest. voce Argeos. — Argeos vocabant scirpeas effigies, quae per Virgines Vestales annis singulis jaciebantur in Tiberim. und voce: Depontani. — Depontani senes appellabantur, qui sexagenarii de ponte dejiciebantur. — Darauf beziehen sich Cic. pro Sext. Roscio Amer. Cap. 35. Habeo etiam dicere quem contra morem majorum minorem annis XL. de ponte in Tiberim dejecit. Varro de ling. lat.: Vix ecfatus erat cum more Majorum ultro Casnares arripiunt, de ponte in Tiberim deturbant, senibus orassis heu muli non videmus quid faciant. Nam quis patrem nunc decem annos natus non modo aufert, seu tollit nisi venenio. — Ovid. Fastor. V. u. 633. 634.

Pars putat, ut ferrent juvenes suffragia soli
Pontibus infirmos praecipitasse senes.

Nonius Marcellus (de doctorum indagine) — Sexagenarios per pontem mittendos male diu popularitas intellexit, quum Varro (de vita populi Romani lib. II.) Honestam causam gloriosamque patefecerit

wegfallen, oder nur beschränkt vorkommen, so fügt auch für unsre Rubrick das neueste Recht keinen neuen Fall hinzu.

---

quum in quintum gradum pervenerant, atque habebant LX. annos, tum denique erant a publicis negotiis liberi atque otiosi; ideo in proverbio quidam putant venisse ut diceretur sexagenarios de ponte dejici oportere, id est quod suffragium non ferant, quod per pontem ferebant. Vgl. noch die Noten in der Ausgabe des Festus von Dacier, zu den angeführten Stellen. Niebuhr Röm. G. II. S. 286 ꝛc.

Wie sich auch diese Sache verhalten möge, so viel ist gewiß, daß, wenn eine solche Tödtung statt fand, sie nicht für den Einzelnen, als solchen, eine erlaubte war, sondern durch die Gesammtheit und in ihrem Interesse statt fand. Strenge genommen würde sie daher vielleicht auch unter jenem Gesichtspunkte haben erwähnt werden sollen, wenn nicht das ganz Eigenthümliche des Falles und seiner Voraussetzungen es rechtfertigte, denselben selbstständig zu erwähnen.

Auch andere ältere Völker beobachteten dieses. Von den Herulern z. B. erzält es Procop. de bello gothico II. 14. wobei Grimm deutsche Rechts-Alterthümer auf den Umstand, als bemerkenswerth aufmerksam macht, daß die tödtliche Handlung durch einen nicht zur Familie Gehörigen vorgenommen wird. P. 487. Gleiches galt auf der Insel Keos, und später werden wir derselben Sitte im ältern Germanischen Rechte begegnen, und zwar in einer Weise, nach welcher die Sache selbst und ihre Gründe minder zweifelhaft erscheinen, als bei den Römern, wo sie mehr dem Gebiet der Sage anheimfällt. Vergleiche vorzüglich Brönsted Reisen und Untersuchungen in Griechenland etc. In acht Büchern. Erstes Buch. Paris 1826. Fol. S. 63 — 65. über den Gebrauch auf der Insel Keos, und Beilage No. VII. S. 97. und die daselbst angeführten Schriftsteller. Valerius Maximus lib. II. Cap. 6. — „Quam consuetudinem non in Gallia ortam, sed et Graecia translatam inde existimo, quod illam etiam in insula Cea servari animadverti, quo tempore Asiam cum Sex. Pompeio petens, Julida oppidum intravi. Forte enim evenit, ut tuno summae dignitatis ibi femina, sed ultimae jam senectutis, reddita ratione civibus, cur excedere

Im Justinianischen Recht kommen zwar sehr harte Verordnungen gegen haeretiti vor, und es wird nicht nur im All-

---

vita deberet, veneno consumere se destinavit, mortemque quam Pompeii praesentia clariorem fieri magni aestimarit. Nec preces eius vir ille, ut omnibus virtutibus, ita humanitatis quoque laudibus instructissimus adspernari sustinuit. Venit itaque ad eam, facundissimoque sermone, qui ore eius quasi e beato quodam eloquentiae fonte manabat, ab incepto concilio diu nequicquam revocare conatus, ad ultimum propositum exequi passus est, quae nonagesimum annum transgressa, cum summa et animi et corporis sinceritate, lectulo, quantum dignoscere erat, quotidiana consuetudine cultius strato recubans, et innixa cubito, Tibi quidem inquit, Sex. Pompei, dii magis quos relinquo, quam quos peto, gratias referant: quia nec hortator vitae meae, nec mortis spectator esse fastidisti. Ceterum ipsa hilarem Fortunae vultum semper experta, ne aviditate lucis tristem intueri coger, reliquias spiritus mei prospero fine, duas filias et septem nepotum gregem superstitem relictura permuto. Cohortata deinde ad concordiam suas distributo eis patrimonio, et culto suo sacrisque domesticis maiori filiae traditis, poculum in quo venenum temperatum erat, constanti dextra arripuit. Tum fusis Mercurio delibamentis, et invocato numine eius, ut se placido itinere in meliorem sedis infernae deduceret partam, cupido hausta mortiferam traxit potionem. Ac sermone significans, quasnam subinde partes corporis sui vigor occuparet, cum jam visceribus eam, et cordi imminere esset elocuta, filiarum manus ad supremum opprimendorum oculorum officium advocavit. Nostros autem, tametsi novo spectaculo obstupefacti erant, suffosos tamen lacrymis dimisit. — Man kann zwar diese Stelle auch bei der Lehre des bei den Alten, als nicht verwerflich, selbst oft lobenswerth betrachteten Selbstmordes gebrauchen; allein das Charakteristische stimmt weit mehr mit dem hier, und dann bei dem Germanischen Rechte angeführten Princip überein, und während sonst ein Uebel, Lebensüberdruß, eine wirkliche, oder bevorstehende Gefahr, Schande ꝛc., zu dem Selbstmord rathen, Gründe, die besonders die Digesten hervorheben, so ist hier, wie bei dem von Grimm, s. g. heiterem Sprung des Alten vom Felsen, nachdem er seine Güter vertheilt hat, die

gemeinen die Ketzerei als ein todeswürdiges Verbrechen betrachtet, ſondern auch die Ueberantwortung derſelben an den Arm der Gerechtigkeit verſchiedentlich zur Pflicht gemacht,[173]) allein daß jene von jedem ſtraflos getödtet werden durften, ſteht nirgends, und die dafür gewöhnlich angeführte Stelle,[174]) die jetzt natürlich auch unpraktiſch iſt, bezieht ſich auf eine ſpätere Zeit, wovon bei Gelegenheit des Bannes mehr zu ſagen ſeyn wird.

Schluß.

Reſultat der bisherigen Unterſuchung des Röm. Rechts.

§. 51.

Ich faſſe nunmehr mit wenigen Worten das Reſultat der bisherigen Unterſuchung zuſammen. Nachdem alle auf Sitte und Geſetz beruhende Ausnahmen, den Fortſchritten der neuern Geſetzgebung gemäß und einer beſſern Einſicht zufolge aufhören mußten, bleibt im praktiſchen Juſtinianiſchen Recht nur der Fall der Nothwehr übrig, als die allgemei-

---

Erſcheinung eine freundliche, ſelbſt religiöſe, wenn gleich chriſtlichen Grundſätzen und unſerer Empfindung widerſprechende. Ob dann die Handlung durch den, der ſich dem Tod weihete, unmittelbar, oder durch Andere verübt wird, macht für den Charakter und die Bedeutung derſelben keinen Unterſchied.

173) Tit. Cod. de haereticis et Manichaeis et Samaritis I. 6. Vgl. auch L. 9. Cod. de maleficis et mathematicis IX. 18. „quod si quisque ... aut clandestinis suppliciis etiam manifestum reum maleficae artis oppresserit, ultimum supplicium non evadat, geminae suspicioni obnoxius quod aut publicum reum, ne facinoris socios publicaret, severitati legum, et debitae subtraxerit quaestioni: aut proprium fortassis inimicum sub huiusmodi vindictae nomine consilio atrociori confecerit.“

174) Auth. Gazaros Cod. Tit. cit. I. 5.

ne Voraussetzung der Strafloſigkeit einer von dem Einzelnen begangenen Entleibung. Daneben iſt von den Fällen ausnahmsweiſe erlaubter Privat-Rache, jedoch nicht ohne Modifikation durch das Princip der Nothwehr zum Theil noch anwendbar, die unter Beſchränkungen geſtattete Tödtung des Ehebrechers, und die des Entführers, nicht ſo des nächtlichen Diebes, und wir werden ſpäter an der Stelle, wo das einheimiſche Recht aus dem Römiſchen zu erläutern iſt, auf dieſe Fälle zurückkommen, um zu prüfen, mit welchem Recht man dieſelben jetzt noch in Lehrbüchern unbedingt als wirkliche Ausnahmen anführt.

Zweiter Abſchnitt.

Canoniſches Recht.

§. 52.

Vom Canoniſchen Rechte iſt in dieſer Lehre wenig zu erwähnen. Der doppelte Grund, einmal, daß hier nicht ein Volks-Recht vorliegt, deſſen allmählige Entwickelung vom rohen Anfang zu größerer Vollkommenheit hier zu verfolgen wäre, um ſolche Erſcheinungen, wie ſie das römiſche und germaniſche Recht darbieten, zu beobachten, und vom hiſtoriſchen Standpunkte aus zu rechtfertigen, und dann die Gründe ihres Verſchwindens nachzuweiſen, und ferner, weil dieſes Recht, was zum Theil mit auf dem erſten Grunde beruht, bereits nach der Zeit ſeiner Entſtehung, und der Verhältniſſen unter welchen es ſich bildete, ein anderes weltliches Recht, mit einer beſtimmten Ausbildung vorausſetzt, und zum großen Theile ſich deſſelben als Grundlage bedient, — dieſer doppelte Grund erklärt es, warum hier nicht eigenthümliche Ausnahmen, wo eine Tödtung erlaubt ſeyn ſollte, angeführt werden. Die Ausnahmen, deren die Quellen gedenken, ſind ſolche, die auf dem Römiſchen Recht, oder dem

von dem Canoniſchen Recht anerkannten allgemeinen Rechte beruhen,[175]) ſo die Berufung auf das Erlaubtſeyn der Tödtung des nächtlichen Diebes, die Nothwehr[176]). Es iſt hier alſo nur weniges für unſern Zweck zu bemerken. Das Canoniſche Recht ſtellt nach dem Geſichtspunkt, den es überhaupt bei der Würdigung verbrecheriſcher Handlungen befolgt, und ſeiner Tendenz gemäß befolgen mußte, als chriſtliches Recht, überall die Tödtung als ein ſchweres Verbrechen auf, ſo daß ſelbſt die im weltlichen Geſetze gebilligten Ausnahmen, entweder nicht als ſolche anerkannt, oder mindeſtens in Zweifel gezogen werden. Wenn es die weltlichen Strafen übergeht, und ſich auf die kirchlichen beſchränkt,[177]) und zunächſt, jedoch nicht ausſchließend, die Fälle berückſichtigt, wo ſich kirchliche Perſonen eines ſolchen Verbrechens ſchuldig gemacht haben, ſo ſchließt es dadurch natürlich die ſelbſtſtändige Berechtigung des Staats, der ſein weltliches Geſetz (und dieſes ſteht dem göttlichen nicht entgegen) aufrecht erhält, nicht aus. Aber mehr kann es überhaupt nach ſeinen Principien nicht thun. Von dem Einfluß deſſelben auf die Praxis iſt hier hier aber nicht die Rede, wonach zuweilen wirkliche verbrecheriſche Tödtungen von der weltlichen Strafbarkeit ausgenommen wurden, ohne deshalb der kirchlichen Strafe zu entgehen; ſo wie umgekehrt die Kirche, wo ein Religions-Verbrechen todeswürdig erſcheint, ſich begnügte, den Schuldigen der weltlichen Strafgerechtigkeit zu überantworten, die nehmlich im chriſtlichen Staat ſolche Verbrechen, wie z. B. Ketzerei, nach ihrem eignen Standpunkt verfolgt.[178])

---

175) C. 7. D. I.

176) Cap. 3. X. de homicidio V. 12. Ueberhaupt den ganzen Titel.

177) C. 7. Caus. XXIII. Qu. 5. C. 6. Caus. XXXIII. Qu. 2. Cap. 3. X. de sentent. excommunic. V. 39.

178) Mein Syſtem der Crim. R. W. §. 502. und Note 135. 136.

Hievon aber abgesehen, erscheint das Straf- und Buß-System der Kirche in so fern zwar milder, als selbst todeswürdige Verbrechen von ihr, unmittelbar, nur nach der Seite der kirchlichen Strafbarkeit aufgefaßt worden sind, ohne dadurch, wie gesagt, als minder verwerflich angesehen zu werden, aber sie erscheint auch strenger, so fern oft, was das weltliche Gesetz nicht verpönt, bei ihr, unter den Gesichtspunkt der Sünde gezogen und gebüßt werden muß, überhaupt also verboten wird, was dort erlaubt ist, indem mehr die Seite des Gewissens dabei aufgefaßt wird, und so durch die Beziehung auf das Innere, eine dem Staat seltener zugängliche Seite des handelnden Menschen in Berücksichtigung gezogen wird. [179]) Das Nähere gehört der Lehre von der Beichte und Buße an, woraus sich mit Rücksicht auf die (wiewohl nicht unbestrittene) Lehre vom Beichtsiegel wohl erklärt, wie todeswürdige Handlungen, der weltlichen Strafgerechtigkeit entgehen, und hier, nach einem nur zwischen der Kirche und dem Mitglied derselben, welches gefrevelt hat, statt findenden Verhältnisse gebüßt werden können; aber auch, wie unter gleichen Voraussetzungen, die sonst erlaubten, nach dem kirchlichen Gesichtspunkt auf gleiche Stufe mit den verbotenen Tödtungen gesetzt werden konnten. [180]) Was aber später für den Beichtstuhl berechnete Casuistick, Jesuitenmoral und Probabilismus aufstellten, ist nicht als Anordnung des Canonischen Rechts, nicht als Lehre der Kirche zu betrachten, die vielmehr, wie früher (§. 17.) gezeigt worden ist, die verwerfliche Lehre gemißbilligt und verworfen hat. Fassen wir Alles kurz zusammen, so ergiebt sich als Resultat, daß die kirchliche Gesetzgebung keine selbstständ-

---

179) Vgl. überhaupt Caus. XXIII. Qu. 5 ꝛc. Clem. V. 4. de homicidio voluntario vel casuali und Note 176.

180) Meine Abhandlung über die angebliche Rechtlosigkeit der zum Tode Verurtheilten, im neuen Archiv des Criminal-Rechts Bd. IX. St. 4. P. 626 ꝛc.

dige neue Ausnahmen von dem Geſetz: Du ſollſt nicht tödten, aufſtellt, daß ſie aber, wenn auch weniger durch ausdrückliche Beſtimmungen, doch beſtimmter durch ihren Geiſt, und ihren nothwendigen Principien gemäß, die etwa noch beſtehenden Ausnahmen beſchränkt, und es wenigſtens zur Gewiſſenspflicht macht, ſich einer ſolchen Befugniß nicht zu bedienen, wenn ſie gleich die Rückſicht, daß Jemand dem weltlichen Geſetze gemäß gehandelt habe, nicht unbeachtet läßt, und insbeſondere die Nothwehr, in ihrer eigenthümlichen Bedeutung, als einen gerechten Entſchuldigungsgrund gelten laſſen muß. Im Allgemeinen iſt aber dem Einfluſſe des Chriſtenthums, in einer tiefern Bedeutung als zu der Zeit wo daſſelbe den Charakter einer Staats-Religion, ſeit Conſtantin, für das Römiſche Reich annahm, der Fortſchritt zum Beſſern zuzuſchreiben, wonach eine blos juriſtiſche Betrachtungsweiſe dieſer Lehre mit einer rechtlichen, im wahren Sinne, nicht für gleichbedeutend erachtet werden kann. [131])

Dritter Abſchnitt.

Germaniſches Recht.

Einleitung.

Vorerinnerung.

§. 53.

Zur richtigen Würdigung der Fälle, in welchen nach germaniſchem Rechte, und nach der Sitte germaniſcher Stäm-

131) Daſſelbe gilt auch vom Standpunkte des Proteſtantismus aus, der an die unmittelbare Quelle, die heilige Schrift, verweiſet. Vgl. übrigens über den Einfluß des Canon. Rechts auf das germaniſche unter andern Henke Grundriß einer Geſchichte des deutſchen peinlichen Rechtes und der peinlichen R. W. Th. I. P. 269 — 268.

me, gewisse Tödtungen straflos sind, sie mögen entschuldbar, erlaubt, oder selbst geboten seyn, ist es nothwendig, einige allgemeine Bemerkungen vorauszuschicken. Sie knüpfen sich zum Theil an dasjenige an, was oben von dem ältern Römischen Rechte gesagt ist, in so fern dieses nichts demselben ausschließend Eigenthümliches ist, sondern auf allgemeinern Gründen beruht, die unter ähnlichen Verhältnissen ähnliche Erscheinungen bewirken, deren besondere Gestaltung und Unterscheidung aber wieder unter den historischen Bedingungen der Nationalität steht.[182]) So findet sich auch hier, dem innern Charakter und den Grundlagen nach, dieselbe Weise des Ueberganges und der Vermittelung von der Rache des Verletzten zur eigentlichen öffentlichen-Strafe, aber die concreten Fälle und Erscheinungen, aus welchen jener innere nothwendige Gedanke erkannt wird, sind zum Theil andere, als die das Römische Recht darbietet, und müssen, damit ihr Total-Eindruck nicht verloren gehe, in dem ganzen Zusammenhang des germanischen Volkslebens aufgefaßt werden. Darum möge gleich hier vor einem leicht möglichen und nicht selten vorkommenden Mißverständnisse gewarnt werden. Wir begegnen nehmlich in einzelnen Anwendungen auf eine überraschende Weise einer Uebereinstimmung, oder einem Zusammentreffen des germanischen Rechts mit dem römischen. Aber je mehr dieses verleiten kann, hier eine durchgängige Gleichheit anzunehmen, und je leichter man für eine vorgefaßte Meinung geneigt seyn kann, quellenmäßige Bestätigungen zu entdecken, desto mehr wird es nothwendig die Aehnlichkeiten auseinander zu halten und vielmehr die Eigenthümlichkeiten ins Auge zu fassen. Eine richtige historisch vergleichende Methode muß anerkennen, daß wenn bei verschiedenen Nationen verschiedener Zeiten, die jede ihre eigenthümliche Individualität und ihren Volksgeist haben, sich ähnliche

182) Meine Comm. de ant. Rom. jure crim. §. 19. 23. und die daselbst Note 48. angeführten Belege aus den Quellen des germanischen Rechts.

Erſcheinungen finden, die Gründe verſchieden ſeyn können und müſſen, ſo wie umgekehrt, daß gleiche Gründe zu verſchiedenen Reſultaten führen können, — eine Wahrheit, die ſich oft auch innerhalb des Rechts deſſelben Volks, aber in verſchiedenen Perioden deſſelben beſtätigt findet. Aber dieſes ſchließt gewiſſe, aus höheren rein menſchlichen Gründen erklärbare, und darauf beruhende Gleichheiten natürlich nicht aus. So begegnen wir auch hier einer Privat- und Familien-Rache — einer Abkaufung derſelben — dem Wehrgelde, wie im Römiſchen Rechte bei den Injurien, namentlich ſolchen, die eine Körperbeſchädigung enthalten, dem Entfernen der Talion, mittelſt vertragsmäßiger Beilegung, endlich dem Eintreten öffentlicher Strafe, und den hiezu nothwendigen bürgerlichen und Staats-Einrichtungen, — aber welche Verſchiedenheiten hier ſtatt finden, welche eigenthümliche Sitten, und Volks-Einrichtungen den germaniſchen Inſtituten zur Seite ſtehen, und ihnen einen beſondern Charakter verleihen, iſt zu bekannt, als daß es hier mehr als der bloßen Erinnerung daran bedürfte.

Aelteſter Charakter und Entwickelungsgang des germaniſchen Strafrechts.

§. 54.

Zu den überall gleich erſcheinenden Momenten in der Bildung des Strafrechts gehört aber, daß der Anfang ein ſubjektives Princip der Rache, eigenmächtiger Genugthuung, der Wiederherſtellung des Rechts an dem Frevler, und der Ehre perſönlicher Selbſtſtändigkeit des Freien, welche Anerkennung fordert, und die Erzwingung einer Genugthuung iſt; und daß ferner, wo zuerſt ein ſchriftlich aufgezeichnetes Recht ſich findet, dieſes nur der Ausdruck bisheriger Volksanſicht und Sitte iſt,[183]) weit entfernt von der Eigenſchaft eines

183) Vgl. Eichhorn deutſche Staats- u. Rechts-Geſchichte. Th. I. §. 33. „Da nun die Rechtsgewohnhei-

Gesetzes im spätern und andern Sinn, dessen künstliche Auslegung eine der mehrern Voraussetzungen seiner Anwendung ist. Nun findet sich aber nicht nur hier, sondern auch noch später, wo sich mit der mehr ausgebildeten landesherrlichen Gewalt auch deren größerer Einfluß auf die Gesetzgebung zeigt, selbst unter Voraussetzung einer rechtsprechenden Behörde (wenn man so die Volksgerichte nennen darf) lange Zeit das Beharren an den ursprünglichen Grundsätzen, deren Spuren sich auch später noch, wo fremde Einflüsse das einheimische Recht alterirt hatten, forterhalten. Diese Erscheinungen finden wir aber aus begreiflichen Gründen bei allen Völkern germanischer Sitte, auch denen, welche später nicht mehr hierher gerechnet werden, weil sie sich nach eigenthümlichen nationalen und localen Rücksichten in ihrem Rechte ausbilden, wovon insbesondere auf die Grundsätze des Englischen und Dänischen Rechts, welche uns durch neuere Bearbeitungen zugänglicher geworden sind, verwiesen werden soll.

Von dem Fehde-Recht und den Compositionen.

§. 55.

Im älteren germanischen Rechte kann daher so wenig von Verbrechen als von Strafe in eigentlicher Bedeutung die Rede seyn; [184]) es gab Verletzungen, die der den sie betrafen, oder dessen Familien-Angehörige, mittelst Fehde nach eigner Schätzung, wenn sie siegten, [185]) sühnen ließen und rächten,

---

ten aufgezeichnet wurden — so besteht der Inhalt der ältesten Gesetze hauptsächlich in einem Verzeichnisse der Bußen." —

184) Jac. Grimm deutsche Rechts-Alterthümer. Göttingen 1828. P. 622. 623. Kolderup-Rosenvinge Grundriß der Dänischen Rechtsgeschichte. Aus dem Dänischen übersetzt und mit Anmerkungen begleitet, von Dr. C. G. Homeyer. Berlin 1825. §. 65 ꝛc.

185) Der Bemerkung, daß dieser Sieg vereitelt werden konnte, indem der angegriffene Verletzer Macht genug zum Wi-

das Volks-Recht, als Geſetz gefaßt, konnte hieran nicht unmittelbar etwas ändern, ſondern nur ein Maaß der Buße

---

derſtande hatte, und ſo der Strafe (in dieſem uneigentlichen Sinn) ganz und gar entging, fügt Rogge über das Gerichtsweſen der Germanen §. 1. P. 4. mit Recht bei: „Hier muß man ſich aber die Herrſchaft der Sitte unendlich groß denken, ſo daß wenigſtens ein offenbarer Mörder oder Räuber niemals in dieſen günſtigen Fall kommen konnte. Ohne die Annahme einer ſolchen volksthümlichen Denkungsweiſe, nach der ſich in jedem wichtigern Falle eine öffentliche, durchaus entſcheidende Meinung über die Rechtmäßigkeit einer Fehde bildete, müßte man das Fehderecht für eine Lüge der Geſchichte erklären; in weniger als einem halben Jahrhunderte hätte die freie Volksverfaſſung verſchwinden müſſen.“ Nur in einem Punkte glaube ich auf den Grund meiner hiſtoriſchen Unterſuchung von der trefflichen Darſtellung meines zu früh den Wiſſenſchaften entriſſenen Freundes und ehemaligen Collegen abweichen zu müſſen. Derſelbe nimmt mit Recht an, daß das Fehde-Recht, weil es die rohe Naturkraft ſelbſt iſt, nur für etwas urſprüngliches zu halten ſey. Eben ſo richtig iſt es, daß in dem Compoſitionen-Recht eine Beſchränkung des Fehde-Rechts liege. Aber eben dieſes berechtigt nur, es nach Tacit. Germ. Cap. 21. (Luitur etiam homicidium certo armentorum vel pecorum numero) als ein uraltes, nicht als ein urſprünglich neben dem Fehderecht erſcheinendes Inſtitut zu betrachten, als muß vielmehr, wie das Aehnliche im Röm. Recht zur Abkaufung der Talion bei den Injurien, als etwas nachfolgendes angenommen werden. Rogge ſelbſt §. 3. modificirt ſeine Bemerkung: beide ſind, hiſtoriſch betrachtet, gleich alt, beide urſprünglich; durch den Nachſatz: „in der Idee aber iſt das Fehde-Recht das ältere,“ aber es ſtimmt damit wieder das Folgende nicht überein: „nehmlich das beſchränkte und vorausgeſetzte.“ Grade als älteres und vorausgeſetztes, als urſprüngliche rohe Naturkraft iſt es unbeſchränkt, ſeine nothwendige Beſchränkung tritt ſpäter ein, und in dieſer liegt ein Fortſchritt der nicht blos in der Idee ſondern auch geſchichtlich ein ſpäterer der Zeit nach iſt. Im Reſultate erkennt er aber wieder richtig an, „man muß ſich doch das Wehrgeld als das aus dem Fehderechte Hervorgegangene, durch die beſchränkende Volksgewalt Erzeugte, und die Stelle von jenem Vertretende denken.“ Dieß findet auch darin ſeine Beſtätigung, daß bei den Compoſitionen jedesmal das Fehderecht als eine nothwendige Be-

für jede Verletzung anordnen, auf die dem Verletzten nun ein Recht zustand, ohne daß er genöthigt war, demselben seine Befugniß zur eigenmächtigen Genugthuung und Selbstgewalt aufzuopfern; nur beides nebeneinander durfte nicht statt finden; in der Annahme des Wehrgeldes, oder der Composition lag die Verzichtleistung auf das Fehde-Recht, und die Feindschaft war aufgehoben.[186]) Die ältesten Gesetze verboten daher auch nicht die unerlaubte Handlung als solche, sondern gestatteten nur wenn eine solche eintrat, dem Verletzten eine Buße gerichtlich einzufordern, darum war auch diese noch nicht Strafe, und hatte ursprünglich nicht die Bestimmung Beleidigungen zuvorzukommen, durch Drohung und Abschreckung, und bezog sich mehr auf die Anerkennung des Rechts des Verletzten, welches nach Stand und Abstammung verschieden war, als auf die Ahndung der Schuld des Verletzers, welche nur die mittelbare Folge, aber in ihrem Princip in so fern bald zur Strafe wird, als sie nicht nur den Schuldigen trifft,

---

dingung vorausgesetzt wurde, und nur, wer im Stande gewesen wäre sich selbst zu rächen, und wo die Sitte die Fehde gestattet haben würde, wegen einer Verletzung eine Buße fordern konnte (P. 17.) und darin, daß der Verletzte nicht genöthigt war die Composition anzunehmen, wenn er die Fehde vorzog. Doch leidet auch dieses später Modifikationen. Vgl. noch Maurer Geschichte des altgermanischen Gerichtserfahrens. Heidelberg 1824. 4. S. 2. über die Verbindung von Criminal- und Civilrecht in den alten Volksrechten. Ueber die mit der Familien in Verbindung stehende vorzugsweise Berechtigung der Verwandten des Getödteten (auch der Freunde) zur Anklage. S. Formul. Marculf. App. 23. Formul. Bignon. 7. Formul. Simond. 39. Gregor. Turon. lib. VII. Cap. 23. und oben Note 59. Auch die ehemals üblich gewesene Vollstreckung der Todesurtheile durch die Verwandten des Getödteten gehört hierher. S. außer den in meiner Comm. de ant. Rom. jure crim. §. 23. Note 48. angeführten Belegen, auch die, welche Maurer a. a. O. S. 245. mittheilt.

186) Rogge Ueber das Gerichtswesen der Germanen § 1 — 3. Grimm a. a. O. P. 622.

ſondern auch bald, wegen des Bruchs des gemeinen Friedens, theilweiſe an die Geſammtheit fällt, erſt in der Vergeltung mit eingeſchloſſen, denn ſelbſtſtändig neben derſelben, wodurch die allmählig eintretende öffentliche Strafe vorbereitet war.[187]) Indem das Verbrechen hier nur noch auf das Vermindern eines Werths bezogen wird, und noch nicht auf eine Verlezzung des Rechts in ſeiner Objektivität, ſo hat es auch nur die Folge, daß das geſtörte Gleichgewicht wieder hergeſtellt werden muß, eine Vergeltung im äußern Sinn. Durch die Tödtung eines in der Familie oder Genoſſenſchaft befindlichen Mitgliedes wird aber der Werth der Familie verringert, und dieſe hat nun einen doppelten Weg die Gleichheit, welche natürlich nur eine relative iſt, wieder herbeizuführen. Durch die Fehde nehmlich, ſoll der Familie des Thäters, deren Werth nun dadurch gleichfalls geſchmälert wird, ein entſprechender Verluſt zugefügt werden, durch die Compoſition, die Abwendung der Fehde mittelſt Entrichtung des Wehrgeldes, wird der äußerlich ſchäzbare Schaden unmittelbar vergütet. Wenn nun, nach den ausgeführten pſychologiſchen und hiſtoriſchen Gründen der erſte Weg der Rache, der ſich gegen den Urheber ſelbſt, dann deſſen Angehörige richtet, der urſprüngliche und gewöhnliche iſt, ſo liegt eine ſehr wichtige Erſcheinung darin, daß ſich das Moment einer, wenn gleich nur äußern Vergeltung, auch hierin ziemlich früh geltend zu machen beginnt. Eine ausführliche Betrachtung des Syſtems der Fehde und Compoſitionen liegt nicht in Plane meiner Abhandlung, die einen andern Gegenſtand nur mittelſt Hinweiſung auf dieſe Lehre zu erörtern hat, indeß iſt hier doch beſonders aufmerkſam zu machen, wie ſich dieſe rechtli-

187) Grimm a. a. O. P. 622. S. auch Maurer Note 185. cit. S. 7. Merkwürdig iſt die Erinnerung der Gloſſe zum Sachſenſpiegel. Buch II. Art. 20. Die andere Sache iſt, daß man Buße giebt, zu einer Bekenntniß, daß der, der ſie giebt, unrecht gethan habe an dem, dem er die Buße giebt.

che Gleichheit auch bei der Fehde zeigt. Sie soll, wie sie jetzt erscheint, keineswegs eine unbestimmt allgemeine Rache und Verletzung gegen den fremden Stamm seyn, sie geht vielmehr nur so weit, als zur Gleichstellung nothwendig ist, also bis dem Gegner so viel Schaden durch Tödtung zugefügt wurde, als die zur Fehde Berechtigten erlitten — aber nicht weiter.

Hier kömmt er aber auf die, nach Stand, Stamm und andern Rücksichten, verschiedenen Summen des den Glieder der einen und der andern Parthei gebührenden Wehrgeldes an, und daher war namentlich in dem Altsächsischen Rechte wie in dem Altenglischen bestimmt, daß, wenn der Getödtete mehr werth war als der Todtschläger, die Familie des ersten so viel Individuen tödtlich angreifen konnte, als, ihr Wehrgeld zusammengenommen, erforderlich waren, um das Wehrgeld des ersten auszugleichen.

Begreiflicherweise konnte also bei der Tödtung in Fehde nicht wieder ein Wehrgeld oder weiteres Verfolgungsrecht vorkommen, wie es die alte Blutrache mit sich führte; und eben so fielen alle weitern Folgen hinweg, wenn zwei Personen gleichen Standes im Kampfe einander gegenseitig entleibt hatten.

Consequent dieser objektiven Auffassung des Schadens, und der Berechnung desselben, ist auch der Grundsatz angenommen, daß, wenn mehrere am Todtschlag schuldig sind, sie auch nur gemeinschaftlich die Composition zu entrichten haben.[187 b)]

Das Verhältniß bezeichnet Grimm[188)] kurz und treffend folgendermaßen: „Der Gang der Geschichte ist nun, daß stufenweise die Idee von Buße schwächer, die von Stra-

---

187 b) S. unten Note 198. u. Lex Saxon. Tit. II. Cap. 6. Vergl. Phillips Angelsächs. Rechtsgesch. §. XXXI. Dessen Englische Reichs- und Rechts-Geschichte. Zweiter Band. Berlin 1828. §. XLIX. LIII.

188) a. a. O. P. 623.

ſen ſchärfer wird, daß auch Verbrechen die früher nicht öffentlich waren, ihren Privat-Charakter aufgeben, und daß manche Bußen, an deren Stelle Strafen treten, gänzlich verſchwinden.“ An das Fehde-Recht und das Compoſitionen-Recht, oder Recht Wehrgeld zu fordern, (beide Rechte ſtehen nur den Freien zu) knüpft ſich nun nothwendig unſere Betrachtung an.

Weitere Unterſuchung.

Tödtung überhaupt iſt kein Verbrechen, und deren Folge nur Wehrgeld oder Rache.

§. 56.

Der Todtſchlag iſt urſprünglich nicht, wenigſtens nicht allgemein [189]) ein Verbrechen, dem eine Strafe folgt, ſondern ein ungerechter Angriff, der die Rache der Familie und ihr Streben nach rechtlicher Wiederherſtellung des geſtörten Verhältniſſes hervorruft. Wenn nun hiernach nicht von eigentlichen Ausnahmen erlaubter oder ſtrafloſer Tödtungen die Rede ſeyn kann, ſo wird das Verhältniß durch das Recht des Wehrgeldes folgendergeſtalt aufzufaſſen ſeyn. Man

189) Grimm a. a. O. bemerkt: der Ausdruck Verbrechen ſey auf die älteſte Zeit bezogen, ungenügend. Auch heißt es in der Note 185. mitgetheilten Stelle aus Tacit. Germ. Cap. 21. daß auch das homicidium gebüßt wird. Den Gegenſatz macht die eigentliche Strafe. So ſagt Tacit. l. c. Cap. 12. „Licet apud consilium accusare quoque et discrimen capitis intendere. Distinctio poenarum ex delicto. Proditores et transfugas arboribus suspendunt: ignavos et imbelles, corpore infames, coeno ac palude injecta insuper crate mergunt.“ Und dieſe Stelle ſetzt wohl Grimm a. a. O. als bekannt voraus, wenn er ſagt: „Strafen für gewiſſe ſchwere Verbrechen, in ſo fern ſie weniger den Einzelnen verletzten, als das gemeine Volk, müſſen gleichwohl auch ſchon für die früheſten Zeiten behauptet werden.“

kann einerseits sagen, keine Tödtung ist öffentliches Verbrechen, in so fern theils die erlaubte Fehde, eine solche wieder und sofort in weiterer fortschreitender Progression gestattet, theils weil im Allgemeinen bei jeder durch Erlegung der Buße alle fernere Nachtheile und Verfolgungen abgewendet werden konnten.

Andererseits läßt sich behaupten, daß eben darum wieder keine Tödtung straflos oder richtiger ohne Buße sey, weil in der Regel stets Wehrgeld gefordert werden kann, und wir werden sehen, daß zuweilen selbst in Fällen, wo die Tödtung gerechtfertigt wird, dieses Wehrgeld entrichtet werden mußte. Oder, wenn man diese beiden Extreme zusammenfaßt — in dem System des Wehrgeldes liegt eine Vermittelung, der noch nicht gesondert hervortretenden öffentlichen und privatrechtlichen Seite des Verbrechens und der Strafe, die sich aber im Laufe der Zeit, bald mehr auf die eine, bald auf die andere Seite hinneigt, bis eine Trennung dieser beiden Gesichtspunkte statt findet, deren Verbindung, wo sie durch den Gegenstand der Verletzung nothwendig wird, im spätern Rechte auf eine andere Weise bewerkstelligt wird, oder auch zuweilen unterbleibt, indem einer dieser Gesichtspunkte nothwendig vorherrscht, oder aus besondern Gründen allein berücksichtigt wird. [190])

Ausnahmen.
Tödtung ohne Wehrgeld.

§. 57.

Von beiden Gesichtspunkten, welche in jener Regel enthalten sind, giebt es nun Ausnahmen, so daß auch wohl schon

190) Nehmlich indem entweder das Privat-Interesse unabhängig von der Bestrafung geltend gemacht wird, oder, wie bei öffentlichen Verbrechen und bei solchen Privatverbrechen in unserm Sinn, die kein Vermögensrecht verletzen, nur Strafe eintritt, oder wie bei den römischen delicta privata in der Verfolgung durch die Privatponalklage, der strafrechtliche Gesichtspunkt aufgeht.

frühe Verletzungen von der Art ſind, daß ſie als Miſſethaten durch die bloße Privatverfolgung oder die Compoſition nicht beigelegt werden können,[191]) ſondern eine höhere Ahndung

---

191) Todesſtrafen finden ſich in den älteſten germaniſchen Volksrechten nur als ſeltene Ausnahmen, mehrere aber in den ſpätern, insbeſondere denen, auf welche das Röm. Recht größern Einfluß hatte, z. B. der Lex Wisigothorum und Burgundionum. Obgleich nun im Allgemeinen als Regel anzunehmen iſt, daß ein Freier mittelſt Sühne, ſelbſt der im Geſetz (dem Sinne nach alternativ) beſtimmten Strafe entgehen konnte, ſo fand doch die zwiefache Abweichung ſtatt, daß gewiſſe größere Uebelthaten nicht anders als durch wirkliche Strafe gebüßt werden konnten, und daß, wenn die Buße nicht geleiſtet wurde, ſtatt derſelben die Strafe eintrat. Tacit. l. c. Cap. 12. Dieſes gehört aber einer Zeit an, in welcher die Strafe und das Verbrechen, auf welches ſie geſetzt iſt, mehr einen öffentlichen als privatrechtlichen Charakter hat, und der König ſeine Herrſchaft mehr befeſtigt, obwohl ſelbſt wegen der Tödtung deſſelben noch ein Wehrgeld vorkommt. Note 192. Unter den ſich allmählig mehr geltend machenden Geſichtspunkt des öffentlichen Rechts fallen Mord am Landesfürſten oder hohen Geiſtlichen, Landesverrath, Friedensbruch, Verſchwörung und Feigheit im Kampfe mit dem Feinde. Dieſe Ausnahmen einer Strafgewalt über das Leben des Freien enthält z. B. die Lex Bajuv. Tit. II. Cap. 1. §. 3. 4, — „Ut nullus liber Bajuvarius alodem aut vitam sine capitali crimine perdat, i. e. si aut in necem ducis consiliatus fuerit, aut inimicos in provinciam invitaverit, aut civitatem capere ab extraneis machinaverit et exinde probatus inventus fuerit, tunc in Ducis sit potestate vita ipsius et omnes res eius et patrimonium. Cetera quoque quaecunque commiserit peccata quousque habet substantiam, componat secundum legem.“ Später werden Verbrechen gegen die Nation, als gegen den König begangen betrachtet, — Majeſtäts-Verbrechen. Lex Ripuar. Tit. LXIX. Cap. 1. „Si quis homo Regi infidelis exstiterit, de vita componat et omnes res eius fisco censeantur.“ Eichhorn a. a. O. §. 90. Als ſchändliche Verbrechen gelten Verwandtenmord und nächtlicher Diebſtahl,

fordern, und umgekehrt, so daß auch selbst Wehrgeld und Buße wegfällt.[192]) Nur letztere, nicht erstere sind es, die uns hier beschäftigen, indem der Begriff straſloser Tödtungen, in einer Zeit wo eine öffentliche Strafe aus objektiven Gründen der Gerechtigkeit abgeleitet und mit Nothwendigkeit hervorgehend, selbst noch nicht die Regel ausmacht, eben deshalb nicht als eine Ausnahme von einer solchen, sondern nur durch das bezeichnet werden kann, was bei allen den hier zu erwähnenden Fällen, so wie bei den im gewöhnlichen spätern Sinn, straflosen oder erlaubten Tödtungen, das zum Grunde liegende gemeinschaftliche Merkmal ist, daß nehmlich irgend

womit das Recht, den Nachtdieb zu tödten, in Verbindung steht. Ferner, den Unfreien war nur ausnahmsweise, doch nicht eben selten, gestattet, durch Buße der Strafe zu entgehen, wenn sie hiezu vermögend waren, eine Clausel, die auch bei dem Freien eintritt, bei welchem indessen die eigene Unfähigkeit durch Hinzutreten der Familie beseitigt werden kann, wie zuweilen für den Knecht der Herr aufkommt, aber der Freie ist bei der Wahl zwischen Buße und Strafe gesicherter. Uebrigens sind von der Strafe als rechtlichen, die häufigen Beispiele verübter willkührlicher Mißhandlungen und Grausamkeiten zu unterscheiden. Vgl. Grimm a. a. O. P. 739.

192) So wird später der Inhalt eines eignen Titels der Lex Frisionum (Tit. V.) zu erwähnen seyn, de hominibus, qui sine compositione occidi possunt. Indessen ist eine Vermittelung dieser beiden Gegensätze darin erkennbar, daß für manche Fälle, wo selbst bei uns, schon nach allgemeinen Gründen Strafloſigkeit der Tödtung eintritt, „so darin ordentlich gehandelt," z. B. bei der Nothwehr, dennoch ein, wenn schon oft nur geringes Wehrgeld entrichtet werden soll. Z. B. Sachsenspiegel Buch II. Art. 14. und Note 241 ꝛc. Auch die Scheinbuße und eine so unbedeutende, welche man dem nummo uno, dicis causa vendere bei der Mancipation ꝛc. vergleichen könnte, lassen sich unter diesen Gesichtspunkt stellen. Vgl. Schwäbisches Landrecht Cap. 402. §., 14. Auch bezieht sich darauf die oft später vorkommende Bestimmung, daß Jemand um der That willen Niemand etwas schuldig, d. h. daß er, in unserm Sinne, straflos sey.

ein rechtfertigendes oder entſchuldigendes Merkmal erkennbar iſt, welches dem Thäter nicht nur vor Gericht, ſondern in vielen Fällen, auch vor ſeiner eignen rechtlichen und ſittlichen Beurtheilung, und vor ſeinen Genoſſen zu Statten kommt.

Wir finden nun bei weiterer Forſchung die Beſtätigung deſſen, was ſo eben über die Verſchiedenheit der hiſtoriſchen und nationalen Gründe gleicher Erſcheinungen in den Rechten verſchiedener Völker und Zeiten bemerkt wurde. Das Gebot, oder ſpätere Geſetz, „Du ſollſt nicht tödten,“ iſt allgemein, eben ſo iſt der Grund einer gerechtfertigten Ausnahme ein gleicher, aber Regel wie Ausnahme geſtalten ſich unter dem Einfluſſe aller der Bedingungen, die ein Volks-Recht charakteriſiren, auf eigenthümliche Weiſe, und dieſe letztere iſt es welche wir zum Gegenſtande der nachſtehenden Betrachtungen machen.

Rechtsverhältniſſe Fremder.

§. 58.

Bei dem Zuſammenhang des Fehde-Rechts und den hierauf beruhenden Anſprüchen auf Wehrgeld, mit der germaniſchen Freiheit, iſt nun auch der Fremde, namentlich der Römer, dem rechtlichen Princip nach, von denſelben ausgeſchloſſen. Daß dieſe unter den Lombarden wirklich auf Compoſition keinen Anſpruch machen konnten, ſucht Rogge[193]) darzuthun. Allein nicht nur im Fränkiſchen Reiche ſcheinen Verletzungen an Römern gebüßt worden zu ſeyn, ſo jedoch daß das Wehrgeld, wegen der Tödtung des Römers, an den König fiel, ſondern ſelbſt der Lombarde, der, des Mordes angeklagt, durch den Beweis, der Getödtete ſey ein Römer geweſen, der Anſprüche auf Wehrgeld entledigt wurde, mußte, wie wenn er einen Genoſſen getödtet hätte, den Königs-

193) a. a. O. §. 3. S. 11.

bann befriedigen.[194]) Mit Uebergehung deſſen was hier controvers bleibt, dürfen wir uns an das Reſultat halten, daß ſich hier doch ſchon ein allgemeineres rechtliches Princip gegen die Conſequenz der nationalen Grundſätze (elegantia juris) zeigt, wonach überhaupt die Tödtung in der Regel nicht erlaubt und ungeahndet ſeyn ſollte. Aber freilich iſt es nur ein geringer Anfang des erſt im Laufe der Zeit zur allgemeinen Anerkennung ſich hindurch arbeitenden Grundſatzes, und man würde unrichtig verfahren, wenn man unſere ſtrafrechtlichen Anſichten dem ältern germaniſchen Rechte unterlegen wollte. Dahin gehört denn auch das ſelbſtſtändige Recht der Geiſtlichen für ihre Perſon, und der Kirche für ihre Hörigen, auf Wehrgeld und Compoſition, obſchon dieſen das Recht und die Möglichkeit der Fehde gebricht.[195])

Beſchränkungen des individuellen Rechts.

1) Durch Volksgewalt und Volksfrieden.

§. 59.

Aber will man ſich nicht die Germanen, in der Zeit, wo die von ihnen aufgezeichneten Rechtsgewohnheiten durch

---

194) Rogge a. a. O. S. 10. Den Grund ſucht derſelbe in der Unfreiheit der Römer nach germaniſchen Begriffen, welche daher Schutzhörige des Königs waren, wie denn auch in der Lex Ripuar. Tit. LVIII. Cap. 19. Vgl. mit Tit. LXVI. Cap. 2. der homo regius, Romanus u. tabularius auf eine Linie, und dem Ripuarier gegenüber geſtellt werden. — Legg. Rothar. Cap. 13. 14. 18. 19.

195) Dieſe Abweichung, meint Rogge a. a. O. P. 13. konnte die Germanen nicht befremden, welche einſahen „daß in dem Banne, durch welchen die Kirche ſich rächen konnte, eine viel höhere Macht lag, als alle irdiſche Gewalt.“ Dieſer Grund läßt ſich mit dem von mir aufgeſtellten ſehr wohl in Uebereinſtimmung bringen, wenn man anerkennt, daß jene höhere Macht der Kirche und der Gebrauch den ſie von derſelben macht, weſentlich etwas Anderes iſt, als Rache, ſelbſt wenn ſie deren Form in der Erſcheinung annimmt.

Form und Inhalt das Gegentheil bekunden, als in einer blos äußerlichen, und darum der eigentlichen rechtlichen und ſittlichen entgegengeſetzten, Freiheit befangen denken, welche als Willkühr ſich vielmehr wie Unfreiheit zu erkennen giebt, ſo muß man den Standpunkt feſthalten, wo ſolcher Freiheit des Einzelnen die öffentliche Gewalt mit rechtlichem Zwange gegenübertritt. Dieß iſt in urſprünglicher Geſtalt der durch die Volksgewalt und im geringern Grade durch die Geſammtbürgſchaften geſicherte Volksfrieden, und das Verfahren bei Fällen eines Friedensbruches, welcher in der Verletzung enthalten iſt. Die Art, wie die Aufrechthaltung deſſelben mit dem Princip der Volksfreiheit in Uebereinſtimmung gebracht iſt, gehört zu den intereſſanteſten und anziehendſten Erſcheinungen des ältern öffentlichen und (wenn man ſo von jener Zeit ſagen darf) Strafrechtes.[196]) Konnte nun gleich ſelbſt der Friedbrecher ſo wenig gezwungen werden, die Buße, die das Geſetz eventuell feſtſetzt, zu entrichten, wenn er es vorzog die Fehde des Verletzten oder der Seinigen zu erwarten, als im Allgemeinen jene zu Verzichtleiſtung auf die Fehde genöthigt werden durften — ſo daß eine eigentliche Strafe, die der Ausſchließung aus dem Volksfrieden nur den traf, der ſich ſelbſt ausſchloß, indem er in dem anberaumten Sühne-Verſuchs-Termin ausblieb,[197]) ſo iſt

196) Das Verfahren ſelbſt ſchildert Rogge a. a. O. §. 5. S. 21 — 25. u. 56. Vgl. Eichhorn a. a. O. Th. I. §. 18. 53. 71. 76. Aber wenn Rogge §. 7. den Ausdruck Criminal-Recht braucht, die älteſte hiſtoriſche Grundlage deſſelben als eine Verſöhnungs-Theorie betrachtet, ſo ſcheint dieſem das Princip der Fehde, und Vieles was er ſelbſt aus den Quellen anführt, zu widerſprechen. Es iſt vielmehr eine Vergeltung nach äußerm Werthe.

197) Gegen die Perſon hatte der Richter überhaupt kein Recht, und insbeſondere nicht vor der Unterſuchung und Verurtheilung, aus letzterm Grunde auch nicht gegen ſein Vermögen, weil eine Schuld im rechtlichen Sinn noch nicht anerkannt war,

doch eine Verwerfung der Fehde, und eine Pflicht das Wehrgeld anzunehmen, nicht mit diesen Grundsätzen unvereinbar. Denn, wiewohl im ältern germanischen Recht, im Gegensatz gegen die Ansichten des Römischen, auf die objektive Seite der That, die wirklich erfolgte Verletzung ein größeres Gewicht gelegt ist, als auf die subjektive Willensbestim-

---

welches erst Folge der Verurtheilung in das Wehrgeld oder in eine gesetzliche Buße war; aber den Ungehorsamen traf der Gerichtsbann, und damit war er hülflos der Rache ausgesetzt und in die Nothwendigkeit gesetzt, als Fremdling Schutz und Frieden in andern Gauen zu suchen. Rogge a. a. O. S. 21. Derselbe erinnert mit Recht, daß auch selbst in der dem erschienenen Beklagten freigestellten Wahl, statt der Composition, die Fehde zu erwarten, bei der doch auch sein Gegner eben so viel als er selbst wagen mußte, eine Ahndung lag. Wie nehmlich die Beobachtung des Angeklagten durch die Anwesenden diesen zeigte, auf wessen Seite das Recht war, so war es ihnen auch nach der sittlichen Grundlage ihres Rechts unzweifelhaft, daß diesem auch der Sieg zu Theil werden mußte, und die Germanischen Gesetze, indem sie auf diese Voraussetzung annahmen, daß die Macht des Angegriffenen überwiegend gegen die des Verletzers sey, verurtheilen daher gewissermaßen, als in eine Strafe den Friedbrecher, er solle inimicitias vel faidam portare. Z. B. Lex Saxon. Tit. II. Cap. 5. — „Litus si per jussum vel consilium domini sui hominem occiderit, ut puta nobilem, dominus compositionem persolvat, vel faidam portet.“ — Legg. Eduardi Confess. Cap. 12. (Cancian. Vol. IV. P. 336.) „Parentibus occisi fiat emendatio, aut guerra eorum portetur.“ — „Lex Frision. Tit. II. Cap. 2. Homicida — inimicitias propinquorum hominis occisi patiatur, donec quomodo potuerit eorum amicitiam adipiscatur.“ Merkwürdig ist die Bestimmung des älteren Dänischen Rechts, wonach ebenfalls der Todtschläger durch Buße die Fehde abwenden konnte, daß wenn er mit seinen Eideshelfern am Grabe des Erschlagenen beschwor, von letzterm bei Gelegenheit des Todtschlags Verletzungen erlitten zu haben, deren Buße von dem Betrag der Mannsbuße abgezogen wurde. Kolderup Rosenvinge a. a. O. §. 69.

mung,[198]) (wie denn auch wegen Tödtungen die mehr nur durch Jemandes Schuld veranlaßt, als verübt waren, das Wehrgeld entrichtet werden mußte. Phillips a. a. O. §. LIII.) so ist doch der Unterschied von absichtlicher und nicht beabsichtigter Verletzung nicht ganz außer Acht gelassen, und während bei einer dolosen Beleidigung Niemand zur Annahme der Buße gezwungen ist, so ist es bei culposen keineswegs freigestellt, die von dem Urheber dargebotene Composition auszuschlagen, um der Rache zu fröhnen.[199]) Und auch dieses ist eine der allmählig häufigern Milderungen und

198) Gewöhnlich legt man in zu großer Einseitigkeit, dem Röm. Recht das eine, dem Germanischen das andere Princip unter. In unserm gemeinen Recht hat sich die Verbindung beider, bei Würdigung einer Handlung gleich nothwendiger Bestandtheile ausgesprochen. Die namentlich bei dem Wehrgeld und dann in der Gesammtbürgschaft hervortretende Ansicht über den objektiven Werth der Verletzung spricht sich auch in dem Grundsatz des ältern Rechts aus, daß bei dem von mehrern verübte Mord, das Wehrgeld von allen gemeinschaftlich entrichtet wurde, während bei der öffentlichen Strafe jeder Mitthäter seine Schuld ganz büßen muß. Lex Salica. Tit. 44. 45. Rogge a. a. O. §. 12.

199) Lex Saxon. Tit. XII. Cap. 5. — „Si ferrum manu elapsum hominem percussit, ab eo, cuius manum fugerat, componatur, excepta faida.“ — Legg. Rothar. Cap. 75. „Si infans in utero matris suae nolendo ab aliquo occisus fuerit, si ipsa mulier libera est, et evaserit, appretietur, ut libera secundum nobilitatem suam: medietatem qua ipsa valuit et infans ipse componatur. Nam si ipsa mortua fuerit, componat ipsam secundum generositatem suam: excepto qui in utero eius mortuus fuerit, componat, ut supra cessante faida, quia nolendo fecit.“ — 138. — — Et si plures fuerint, et quanticunque fuerint vivi, similiter reddant summam pretii, eo quia nolendo fecerint.“ —

Beschränkungen eines ursprünglich rohen Rechts, welches nur in der sittlichen Denkart der ältern Stämme einen Schutz gegen die innerliche Verwerflichkeit hatte, die bei späterer Ausartung hervortrat, und erst unter dem Einfluß der christlichen Kirche ihr Ende erreicht, während einzelne Anwendungen des Princips sich noch längere Zeit hindurch erhalten.[200])

2) Durch Gottesfrieden.

§. 60.

In dieser Beziehung ist als eine weitere spätere Beschränkung die Aufrichtung des Gottesfrieden (treuga Dei) durch die Kirche zu erwähnen, dessen Bruch, Ausübung einer Fehde, an den für befriedet erklärten Tagen, Strafe der Excommunication nach sich zog. Diese Beschränkung ist nicht nur an sich, und ihrem Grund nach, und bei dem dadurch allmählig mehr herrschend werdenden Princip des Aufgebens der Rache, und der Herbeiführung der Sühne, sehr wichtig, sondern sie ist auch ihrem äußern Umfange nach groß, indem die Zahl der befriedeten Tage, welche die Fortsetzung oder den Beginn einer Felde ausschließen, mehr als die halbe Woche ausmachten.[201])

3) Durch den Einfluß der Geistlichkeit.

§. 61.

Hieran schließt sich noch in zwiefacher Hinsicht ein wohlthätiger Einfluß der Kirche und Geistlichkeit, dessen Erklä-

---

200) Belege liefert die weitere Darstellung.

201) Eichhorn a. a. O. §. 323. Note e. — „Die französischen Bischöfe hatten um das Jahr 1031. auf göttliche Eingebung die Einrichtung veranlaßt, die zuerst in Aquitanien angenommen wurde — daß vom Mittwoch Abend bis Montags frühe in jeder Woche keine Fehde begonnen, selbst nicht einmal eine Pfändung statt haben solle, bei Strafe der Excommunica-

rung und richtige Würdigung nur von einer Kenntniß der damaligen Verhältniſſe ausgehen kann, und der das rechtfertigt, was nicht nach dem Geſichtspunkte unſerer Zeit gutgeheißen werden kann. Freiſtätten (Aſyle) waren die Kirchen ſchon unter Römiſcher Herrſchaft geweſen, aber ſie wurden es unter fränkiſchen Königen in noch größerm öffentlich anerkannten Umfange, und dienten dem verfolgten Verbrecher zum Schutz gegen Rache, aber auch ſelbſt der ſpäter eintretenden Strafgewalt.[202]) Wie dadurch mittelbar der Privatrache geſteuert wurde, ſo geſchah dieſes auf eine mehr unmittelbare Weiſe dadurch, daß die Geiſtlichen ſpäter auf die Entſcheidungen von Straffällen, Einfluß und ſelbſt Concurrenz an der Gerichtsbarkeit erhielten. So wurde nicht ſelten von ihnen die Buße entrichtet, die der Schuldige zu leiſten nicht vermochte, und dadurch die Fehde abgewendet, und ſie pflegten auch durch ihre Mitunterzeichnung der Sicherungsbriefe, welche den Verbrecher nach entrichteter Compoſition gegen weitere Verfolgungen und Rache des Verletzten oder ſeiner Familie ſchützen ſollten, eine größere Sicherung zu bewirken, wogegen ſich aber auch die Kirchenzucht zum Strafrecht ausbildete, ſo daß Staat und Kirche einander gegenſeitig unterſtützen, und letztere theils mildernd, theils ſtrafend einen vortheilhaften Einfluß äußert.[203])

---

tion.“ Dieſe Einrichtung wurde bald allgemeiner. Datt de pace publica Lib. I. Cap. 2. §. 11 ꝛc. Phillips Angelſächſ. R. §. 411.

202) Nicht nur Kirchen, auch Wohnungen der Fürſten, ſelbſt deren Nähe und Gegenwart, gewiſſe Plätze, und des Uebelthäters eignes Haus, oder das ſeines Nachbarn, gewährten wenigſtens vorübergehenden Schutz. Lex Saxon. Tit. III. Cap. 4. „Qui hominem propter faidam in propria domo occiderit, capite puniatur.“ Ueber die Arten der Aſyle, ihre Rechte und Beſchränkungen, ſ. Grimm's deutſche Rechtsalterthümer S. 886 ꝛc. wo ſich auch die hieher gehörigen Beweisſtellen finden. Vgl. Phillips a. a. O.

203) Gregor. Turon. Histor. Francor. lib. VII. Cap. 47. Solche Friedens-Urkunden für Compoſition ſtatt Fehde,

4) Durch die späteren weltlichen Gesetzgebungen.

§. 62.

Aber auch die Volksrechte selbst, und später die Königlichen Gesetze, beabsichtigen indirekt eine Unterdrückung der Privatrache, und darauf beziehen sich nicht nur die Festsezzungen der Bußen, sondern auch unter dem Einfluß der Grundsätze des Römischen Rechts, die Strafen wegen verweigerter Annahme der Buße, so wie natürlich jede Privatrache, nach erhaltener Composition geahndet wird.[204]) Nur bei den

---

oder auch nach geführter Fehde selbst, s. bei Marculf. Formul. lib. II. Form. 16. 18. 28. Appendix Marculf. Formul. 33. 51. (Baluzius Tom II. P. 417. 463.) Formul. Bignonianae 7. bei Bouquet Recueil des historiens des Gaules et de la France. à Paris MDCCXLI. Tom I. Fol. P. 540. Form. 124. P. 558. Formul. Andegavenses 46. P. 575. Formul. Lindenbrog. 124. P. 588. Henke Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts. I. Theil. S. 51. Malblank Geschichte der P. G. O. Kaiser Carl's V. S. 61 ꝛc. gedenkt dabei aber auch des Mißbrauchs der Synodalgerichte. Vgl. den von Michelsen in Falk's Eranien dritte Lieferung N. XXII. mitgetheilten Altnordischen Sühn-Eid bei erfolgter Abkaufung der Blutrache.

204) L. Rothar. 143. „Si homo occisus fuerit liber aut servus, et de ipso homicidio compositio facta fuerit, et pro amputanda inimicitia, sacramenta praestita fuerint; et postea, si contigerit, ut ille qui compositionem acceperit, revindicandi causa occiderit hominem de parte, de qua compositionem acceperat, jubemus ut ipsam compositionem in duplum reddet, aut parentibus, aut domino servi. Simili modo de plagis aut feritis qui post compositionem acceptam revindicare tentaverit, ut in duplum, quod accepit, restituat; excepto si hominem occiderit, componat, ut supra in integrum.“ In dieser Pflicht das empfangene Wehrgeld, wegen Nichtachtung des Friedens und Tödtung des Gegners, der componirt hatte, zurückzugeben, liegt zunächst noch keine Strafe, denn es ist

in Germanien wohnenden Stämmen erhielt ſich das frühere

natürlich, daß er das Wehrgeld einfach zurückgebe, da er Rache übt, und daß er ſeines Vergehens wegen eben ſo viel büße. Aber ſie liegt mittelbar und verdientermaßen darin, daß ihm nicht, wie wenn er urſprünglich die Fehde vorgezogen hätte, die Racheübung ohne Buße bleibt. Beſtimmter aber, und den chriſtlichen Grundſätzen ſich anſchließend, iſt das Capitul. Carol. M. vom J. 802. Cap. 32. — „Homicidia pro quibus multitudo perit populi Christiani, omni contestatione deserere ac vetare mandamus, quia ipse Dominus odia et inimicitias suis fidelibus contradixit, multo magis homicidia. Quomodo enim sibi Deum placatum fore confidat, qui filium suum, proximum sibi occiderit. Qualiter vero Christum sibi propitium esse arbitretur qui fatrem suum interfecerit? — — Sed saevissima districtione vindicare volumus in eum qui malum homicidii ausus fuerit perpetrare. Tamen ne peccatum accrescat, et inimicitia maxima inter Christianos non fiat, vel suadente diabolo homicidia contingant, statim reus ad suam emendationem recurrat, totaque celeritate perpetratum malum ad propinquos exstincti digna compositione emendet. Et hoc firmiter bannimus, ut parentes interfecti nequaquam inimicitiam super commissum malum adaugere audeant, neque pacem fieri petenti denegare, sed data fide paratam compositionem recipere et pacem perpetuam reddere, verum autem nullam moram compositionis facere. Ubi autem hoc peccatorum merito contigerit, ut quis vel fratres vel propinquum suum occiderit, statim se ad poenitentiam sibi compositam sumit, et ita ut Episcopus eius sibi disponat absque ulla ambiguitate, sed juvante Domino perficere suum remedium studeat, et componat occisum secundum legem, et cum propinquis suis se omnino complaceat, et data fide nullam inimicitiam

Recht längere Zeit.[205]) Je mehr aber der Staat selbst bei der Erlegung der Composition interessirt war, und zwar nicht blos wegen seines eignen Vortheils, den er aus dem Fredus[206]) zog, mittelst dessen sich der Beleidiger seinen Schutz

---

exinde movere, nemo audeat. Qui autem dignam emendationem facere contempserit, hereditate privetur usque ad judicium nostrum." Vgl. noch Leg. Ludov. Pii L. 21. — Carol. Magni L. 19. 20. — Lex Saxon. Tit. III. L. 4. — Lex Alam. Tit. XLV. Cap. 2. — Capit. Carol. M. v. J. 799. Cap. 22. u. Cap. secund. v. J. 805. Cap. 5.

205) L. Alam. Tit. XLV. L. 1. 2. In der ersten Stelle wird bestimmt, daß, wenn der Urheber einer Tödtung von den Genossen des Entleibten, sofort nach der That mit Waffen verfolgt und getödtet wird — nur ein einfaches Wehrgeld verfallen sey. In der zweiten aber wird, im Gegensatz des augenblicklichen Verfolgens, und der Rache in der Aufwallung des gerechten Zorns, bei einer später, nach längern Vorbereitungen zur Racheübung vollführten Tödtung des ursprünglichen Verletzers, das neunfache Wehrgeld als verwirkt angegeben. Dieß erinnert an den spätern Unterschied zwischen Todtschlag u. Mord, der anfangs nach andern, zum Theil äußerlichen Gründen bestimmt wurde. — Ein Rest der Privat-Rache zeigt sich später noch darin, daß, während bei dem Diebstahl der Schuldige Haut und Haar mit Gelde, durch Ersatz und Gnade des Richters lösen kann, dieses bei Verwundungen nur mit Zustimmung der Verletzten geschehen darf. Sachsenspgl. Buch II. Art. 16. Schwäb. L. R. Cap. 116. 118. §. 5. 6.

206) Das was wegen des Friedensbruches dem Fiskus, König oder Volk, gebüßt werden mußte: fredus, kommt zwar der Regel nach in Verbindung mit der Composition vor, so jedoch daß diese zuerst geleistet werden muß. Dieser nach rechtlichen und geschichtlichen Gründen nothwendige Vorzug der Privatgenugthuung, vor der öffentlichen (während später in gewisser Hinsicht das Umgekehrte angenommen wird) ist unter andern noch in dem Art. 183. der Bambergensis ausgesprochen, durch den, wie es erst Roßhirt in neuerer Zeit wieder erinnert hat der Art. 157. der C. C. C. erklärt und berichtigt werden muß. Vom ersten einfachen heimlichen Diebstahl heißt es: „So sol im unser Richter dazu halten (so es

erkaufte, welcher ihm durch den Richter zu Theil wur-

---

anderſt der Dieb vermag) dem beſchedigten den Diebſtal mit der Zwiſpelt zu bezalen, Und mag unſer Richter an unſer ſtat, auch als vil vom Dieb nemen, als er dem beſchedigten gibt — Und ſo der Dieb nit mer vermag, oder zuwegen bringen kann, ſo ſol er doch zum wenigſten dem beſchedigten den Diebſtal wieder geben, oder nach einfachem werdt bezalen oder vergleychen, Und ſol der beſchedigt mit derſelben einfachen vergleychung des Diebſtals (aber mit der übermaß nit) unſer obgemelten geltbuß vorgeen." — Allein es kann auch Compoſition ohne fredus, und umgekehrt dieſer ohne jene vorkommen. Erſteres iſt der Fall, wo eine zu beſſernde Verletzung, ohne Friedensbruch ſtatt findet, wenn z. B. ein Unmündiger, oder ein Thier den Schaden anrichtete. L. Sal. Tit. XXVIII. L. 6. Si quis puer infra duodecim annorum aliquam culpam commiserit, fredus ei non requiratur. L. Ripuar. Tit. XLVI. L. 1. Si quis quadrupes hominem occiderit, ipse quadrupes, qui eum interfecit, in medietatem werigeldi suscipiatur, et aliam medietatem dominus quadrupedis solvere studeat, absque fredo: quia quod quadrupedes faciunt, fredus exinde non exigetur. — L. Rothar. 331. — componat damnum aut homicidium, cuius animal fuerit, cessante in hoc capitulo faida, quod est inimicitia, quod muta res fecit, non hominis studium. Der Sinn iſt wohl, daß die Wahl zwiſchen Fehde und Compoſition nothwendig wegfällt, und nur letztere begründet iſt, aber der Grund dieſer Nothwendigkeit, der Mangel eines Friedensbruches ſchließt auch den ſonſt die Compoſition begleitenden fredus aus. Dieſes hingegen, fredus ohne Compoſition findet ſtatt, wo eine verwerfliche Handlung die Sicherheit und den Frieden ſtört, aber rückſichtlich des Gegenſtandes der Verletzung und der Art derſelben keine Buße gefordert werden kann. L. Ripuar. XXIII. — „Si servus servum ictu uno vel duobus vel tribus percusserit, nihil est. Sed tamen propter pacis studium, tremissem, id est, quatuor denarios componat."

de,[207]) um so bestimmter spricht sich denn auch die Absicht

---

Der Verletzte und der Verletzer sind servi, aber daß es auf ersteren, nicht auf letztern ankommt, d. h. wenn der servus einen Freien verletzt, der Herr für das Wehrgeld aufkommen muß, ergiebt sich unter andern gleich aus der unmittelbar vorhergehenden Stelle. L. XXII. — Vgl. übrigens über die Etymologie und Geschichte des fredus Grimm a. a. O. P. 656. Wie nun aber in Fällen, wo ein Friedensbruch nicht begangen wurde, bei Individuen nehmlich, die weder in einer Familie noch Gesammtbürgschaft aufgenommen waren, noch als Sklaven oder Hausgenossen im Schutz des Herrn waren, auch Niemand auf Wehrgeld wegen der ihnen zugefügten Verletzung Anspruch hatten, der König später diese in seinen Schutz nahm, und dann deren Wehrgeld erhielt, so mußte auch wohl damit die ungestrafte Tödtung des Friedensbrechers allmählig aufhören, und auch dieses Eingreifen der königlichen Gewalt gehört mit zu den bedeutenden Momenten für den Uebergang zum System der öffentlichen Strafe. Nun stand aber auch dem König das Recht zu, den ausgeschlossenen Friedbrecher, der ein Feind des Volkes war, als seinen Feind zu verfolgen, woraus sich mit die Todesstrafe unter andern geschichtlich erklärt. S. G. Phillips Versuch einer Darstellung des Angelsächsischen Rechts. §. XXXI. a. E. u. XL. VIII. Dessen Englische Reichs- und Rechts-Geschichte. Zweiter Band. §. XLIX. Kolderup-Rosenpinge Dänische Rechts-Geschichte §. 25. 144. 173.

207) Diesen Gesichtspunkt, daß der Schuldige selbst durch die Strafe, ihrer Bedeutung nach, als einer Uebung der Gerechtigkeit, den Schutz des Staats, namentlich gegen Rache und gegen das zuweilen bei schweren und empörenden Missethaten zum Ausbruch kommende subjektive Gefühl und den Rechtssinn des gereizten Volkes, genieße, indem er jeder willkührlichen Behandlung entzogen, nur sein Recht erhalten soll, kann man nicht blos als einen historischen, sondern als einen wahrhaft praktischen des Strafrechts in seiner tiefsten Bedeutung, und seiner Erscheinung in der Sitte unserer Zeit betrachten, und die Strafe ist auch nach dieser Seite, nicht nur überhaupt und an sich, sondern auch für den Verbrecher eine Wohlthat, näher aber auch ein Recht, das ihm zu Theil werden muß, ohne daß sie aus ihrer höhern Bedeutung, unter den subjektiven Gesichtspunkt einer Forderung oder Befugniß fiele, was zu falschen Resultaten führen müßte. Vgl. die 1. Abhandlung S. 22 ꝛc.

der Rache Einhalt zu thun, in Gesetzen aus,[208]) zunächst mit Schonung der hergebrachten Ansichten, und mehr mittelbar entgegenwirkend,[208b]) dann in ausdrücklichen Verboten

---

208) Die wichtigste Stelle ist L. Rothar. 74. oder Leg. Longob. lib. I. Tit. VII. L. 15. — „In omnibus istis plagis ac feritis superius descriptis, quae inter homines liberos eveniunt, ideo maiorem compositionem posuimus, quam antiqui nostri, ut faida, quod est inimicitia, post compositionem acceptam post ponatur et amplius non requiratur, nec dolus teneatur: sed caussa sit finita amicitia manente." S. auch das Note 204. mitgetheilte Capit. C. M. v. J. 802. u. die in meiner Comm. de ant. jur. crim. §. 23. Note 48. citirten Schriftsteller. Wie wenig selbst der Kampf zur Genugthuung hinreichte, ergiebt sich aus dem weitherrschenden Princip, daß man nur mit Genossen, mit Ebenbürtigen kämpft. Daß die Straflosigkeit des Mordes so eintrat, wenn sich kein Kampffähiger fand, bemerkt der Dichter des Reinke de Voß. Dreyer vermischte Abhandlungen. Th. I. N. I. §. II. u. Th. II. N. VI. 1. Desselben Abhandlung: von dem Nutzen des trefflichen Gedichts Reinke de Voß, in den Nebenstunden I. S. 19. u. Note 16. Auch führt Maurer S. 291. aus dem Etablissement de St. Louis lib. I. ch. 82. an, daß der Edelmann, der sich mit dem Bürger schlägt, in ritterlicher Rüstung zu Pferde, jener in bürgerlicher zu Fuß, kämpfet. — Se li hons de poote apele Gentilhoume il se combat à pié en guise de champion, et li Gentilhons à cheval armés de toutes armes.

208b) Diese Schonung war allgemein nothwendig, nicht blos in Ansehung solcher volksmäßigen Ansichten, sondern überhaupt der alten Religion, und es mußte, wie auf dem Wege des Christenthums die bessere Sitte allmählig sich Eingang verschaffte, so auch die christliche Lehre anfangs sich an heidnische Grundsätze mehr anschließen, als dieselbe sofort gewaltsam zu verdrängen bemüht seyn. Vgl. Not. 208. u. den bei Mone Geschichte des Heidenthums mitgetheilten Brief des Papstes Gregor I. an Mellinus, den ersten Bischof in London, aus Beda Histor. Eccles. Anglor. lib. I.

und so daß die Rache selbst strafbar wird. So finden sich denn auch später mehr eigentliche Strafen, auf Verbrechen gesetzt, insbesondere werden Todesstrafen häufiger, und während früher die Tödtung regelmäßig nicht mit solcher geahndet wird, so ist sie später z. B. in dem Rechte, welches der Sachsenspiegel aufgezeichnet enthält, und sich auf früheres durch römisches Recht modificirtes Herkommen gründet, als die gewöhnliche angegeben. Der privatrechtliche Gesichtspunkt des Wehrgeldes tritt in den Hintergrund, und verschwindet endlich ganz, der des öffentlichen Rechts dagegen wird nun der vorherrschende, später der ausschließende. Wir bedürfen jedoch für unsern Zweck nicht einer ausführlichen Darstellung dieser dem Begriffe der Strafe entsprechenden nothwendigen Entwickelung. An jene erste geschichtliche Grundlage muß sich anknüpfen, was über strafloſe und erlaubte Tödtungen nach germanischem Rechte zu bemerken ist, weil da, wo ein eigentliches Strafrecht noch nicht vorhanden ist, dasjenige eine Anwendung der geltenden Grundsätze ist — Privatrache, Fehde ꝛc. was später nur als eine Ausnahme eines andern entgegengesetzten an die Stelle der frühern Regel getretenen Grundsatzes erscheint, und zwar so, daß auch auch diese Ausnahmen immer weniger, und ihrer Zulässigkeit nach immer beschränkter werden.

Uebergang zur Darstellung der Gründe und Fälle erlaubter Tödtung.

§. 63.

Für die nachfolgende Untersuchung, die nun diese Ausnahmen näher kennen lehren soll, bedarf es nun ein für allemal der Erinnerung, daß sie, oder einzelne derselben nur in

---

Cap. 30. den auch Phillips a. a. O. XLIX. S. 272. nach Mone's Uebersetzung mittheilt. Vgl. über das Fortwirken heidnischer Grundsätze ebend. §. LI.

ſo fern als Ausnahmen erwähnt werden, als wir uns auf den Standpunkt verſetzen, wo die Tödtung überhaupt als unrecht und ſpäter ſtrafbar angeſehen wird, eine Anſicht die doch ſchon der Fehde und eben ſo ſehr der Compoſition zu Grunde liegt, und daß dadurch dem eigentlichen hiſtoriſchen Sinne keine Gewalt angethan wird. Mag man doch das ganze urſprüngliche Inſtitut, als Ausnahme eines höhern, wenn auch noch nicht beſtimmt ausgeſprochenen, doch geahndeten Rechts betrachten, welches erſt durch den Einfluß des Chriſtenthums wiewohl im Kampfe mit der Volksmeinung, ſeine rechte Stelle erhält.

Die Selbſtrache und die Mittel ihrer Anwendung bieten hier auch eine ſehr lehrreiche pſychologiſche Erſcheinung dar. Sie fällt nehmlich ihren Urſprung nach in die früheſte Zeit beginnender Staatenbildung, als eine auf Anerkennung gerichtete Gewalt, welche ohne der Grund des Rechts ſeyn zu können, doch der Vorläufer deſſelben in ſeiner äußern Erſcheinung iſt, und indem ſie den Uebergang zu dem objektiven Standpunkt des Rechts macht, ſelbſt zu einer Berechtigung wird. In dieſer Periode, wo das Recht, wie das Selbſtbewußtſeyn nur das des Subjekts, nichts Allgemeines iſt, wo, wie längere Zeit nachher, vorzugsweiſe bei den germaniſchen Völkern, die Meinung des Einzelnen, das Höchſte und für ſich Allgemeine iſt, daher er auch in jeder Verletzung, einen Angriff auf ſeine ganze Perſönlichkeit empfindet, und dieſe gegen die fremde daran ſetzt, iſt es der Kampf um die Anerkennung, überhaupt um die Exiſtenz, indem jeder, für ſich ſelbſtſtändig und unbeſchränkt, ſich andern, eben ſolches Fordernden, gegenüber findet. Der Widerſpruch welcher ſich durch den Kampf aufzuheben ſtrebt, geräth durch den Kampf und deſſen Ausgang nicht minder in einen andern Widerſpruch; denn in der Vernichtung und Nichtanerkennung des Andern iſt eben ſo ſehr auch das eigne Recht nicht anerkannt; wer den Andern, im Stand der Privatrache tödtet, und für unberechtigt ausgiebt, hat, indem er doch des Andern allgemeine Qualität als Menſch anerkennen muß,

ſich ſelbſt ein gleiches Urtheil geſprochen, und dadurch einen andern, ſo lange dieſes Verhältniß beſteht, unauflöslichen Widerſpruch herbeigeführt. Die erſt ſpätere nothwendige Anerkennung muß in der Unterwerfung des einen unter den andern zum Vorſchein kommen, wodurch beide erhalten werden. So alſo entſteht Sklaverei, Knechtſchaft, im Kriege und im Kampfe Einzelner, was das Römiſche Recht ausdrücklich ſagt, und das Germaniſche beſtätigt; hieraus geht das Recht der Uebergabe, der Vertrag zur Beſeitigung der Rache und tödtlichen Verletzung hervor, welche das tiefere Princip enthalten, eine Berechtigung ſelbſt bei dem anzuerkennen, der das Unrecht that, und ſo einen Anſpruch machen darf, der ihm früher ſo wenig zugeſtanden wurde, als er ſelbſt nichts zugeſtand. In der Strafe, die als Folge des objektiven Rechts, des Gedankens und allgemeinen Bewußtſeyns deſſelben hervorgeht, genießen alle Theile, der Verletzte wie der Verbrecher, ihre Anerkennung und ihr Recht, und dieß iſt pſychologiſchen, ſo wie geſchichtlichen und religiöſen Geboten entſprechend, das vernünftige materielle Reſultat, eines langen harten Prozeſſes, in welchem urſprünglich in dem blos formell erſcheinenden Rechte zugleich das Gegentheil deſſelben vorhanden iſt.

Ueber deren Anordnung.

§. 64.

Es ſcheint nicht unpaſſend zu ſeyn, die einzelnen Fälle, nach denſelben allgemeinen Geſichtspunkten zu betrachten, die ich oben bei dem Römiſchen Rechte zu Grunde gelegt habe. Nicht als ob ich glaubte, — daß eine unmittelbare Gleichheit der Römiſchen und Germaniſchen Anſichten behauptet werden könnte, — ich habe vielmehr ſelbſt oben mich dagegen erklärt, ſondern weil wenigſtens zum Theil die Gründe allgemeiner Art ſind, ſo daß ſie für jedes in einem frühern Zuſtand ſeiner Rechtsbildung begriffene Volk vorkommen können; und dann, weil es eben durch ſolche Nebeneinanderſtellung

noch mehr gelingen wird, die nationalen Eigenthümlichkeiten und Unterſchiede zu erkennen. Hätte das einheimiſche Recht ſich in freier ungeſtörter Entwickelung forterhalten, und ſich gleich dem Römiſchen Recht, einer ſelbſtſtändigen, aus ihm ſelbſt hervorgegangenen wiſſenſchaftlichen Behandlung erfreut, ſo würde ſein Syſtem damit gegeben ſeyn. Jetzt iſt es für eine Unterſuchung über eine einzelne Lehre in ihrem Fortgang, zu einer Zeit, wo das Römiſche Recht den Sieg vielfach davon getragen hat, wohl zu rechtfertigen, auch dieſen nicht minder nothwendigen hiſtoriſchen Standpunkt feſtzuhalten, aus welchem ſich ſpäter bei der Erörterung des Inhalts der hierher gehörigen Artikel der P. G. O. die praktiſchen Reſultate für unſer Recht ergeben.

Zwar könnte es ſcheinen als ließe ſich der fünfte Titel der Lex Frisionum: de hominibus, qui sine compositione occidi possunt, zu einem paſſenden Mittelpunkte machen, von welchem aus die Unterſuchung nach allen Seiten hin zu führen wäre. Allein nicht zu gedenken, daß die hier angeführten Fälle[209]) kaum für die Zeit des Geſetzes ſelbſt erſchöpfend ſind, noch weniger für eine dem Umfange und der Zeit nach weiter gehende Betrachtung, ſo iſt auch ſelbſt das urſprünglich und hiſtoriſch wichtige Moment, daß ohne Compoſition getödtet werden durfte, nicht durchgreifend zur Entſcheidung unſerer Fälle, nach dem in der Einleitung angegebenen Plane und dem Gegenſtande die-

209) Das Cap. I. lautet folgendermaßen: „Campionem, et eum, qui in praelio fuerit occisus, et adulterum et furem, si in fossa, qua domum alterius effodere conatus, fuerit repertus, et eum qui domum alterius incendere volens, facem manu tenet, ita ut ignis tectum vel parietem domus tangat: qui fanum effregit, et infans ab utero sublatus et enecatus a matre.“ Wir werden ſpäter auf dieſe Stelle zurückkommen, und die einzelnen Fälle unter verſchiedenen Geſichtspunkten betrachten.

ser Abhandlung. Zwar so lange in der Regel überhaupt auf die Tödtung keine andere Verwirkung steht, als sich der Privatrache auszusetzen, oder dieselbe durch Composition zu beseitigen, so mag eine Tödtung, die keine Composition heischt, folglich auch kein Recht der Fehde begründen kann, für gleichbedeutend mit einer strafloſen gelten; allein, in der Art, wie sich allmählig neben diesem privatrechtlichen Gesichtspunkt der des öffentlichen Rechts und der eigentlichen Strafe zeigt, und neben der Composition, an den Verletzten, auch eine Buße vom Staate gefordert wird, zugleich aber auch der letzte Gesichtspunkt selbstständiger hervortritt, darf man nicht mehr — Compositionspflicht und Strafbarkeit, — und Nichtcomposition und Strafloſigkeit für gleichbedeutende Begriffe nehmen. Denn, wenn gleich im Allgemeinen beides zusammentrifft, so giebt es doch Ausnahmen, wo Nichtcomposition statt findet, und dennoch Strafe verwirkt ist — dieß ist die Ansicht, welche für unser praktisches Recht und bestimmt seit der P. G. O. die allgemein herrschende ist, und umgekehrt, wo Composition eintritt, und dennoch die Handlung strafloſ ist, z. B. eine in Nothwehr begangene Tödtung nach dem Sachsenrechte,[210]) so daß wir also von den Tödtungen, die als strafloſe nach dem früher entwickelten Plane dieser Untersuchung zu betrachten sind, keine Berechtigung haben diejenigen auszuschließen, bei denen eine Composition gesetzlich verordnet ist, wenn sie ihrem rechtlichen Charakter

210) Buch II. Art. 14. §. 1. Zur Zeit des Sachsen-Rechts war aber schon regelmäßig auf Tödtung die Todesstrafe gesetzt, und darum ist es eine Ausnahme in noch anderm Sinn, daß die Tödtung in Nothwehr nicht gestraft aber gebüßt werden soll. Allein auch schon im frühern Recht findet sich derselbe Gesichtspunkt. So heißt es in L. Luitprand. lib. VI. L. 9. Et qui se defendendo liberum hominem occiderit, componat secundum qualitatem personae. Und dabei wird zugleich das Wehrgeld gegen die bisherige Schätzung erhöhet, wie wir früher Note 208. einer solchen Erhöhung und der Gründe derselben gedacht haben.

nach, eine Ausnahme von dem gewöhnlichen Grundſatze machen müſſen. Man muß alſo die im Zeitverlaufe veränderte Grundanſicht nicht außer Augen laſſen, um die einzelnen Fälle richtig zu würdigen.

Methode der Behandlung.

§. 56.

Vielleicht wäre es deshalb nicht unangemeſſen, zwei Hauptperioden zu unterſcheiden, die eine, wo die Tödtung gar nicht öffentlich ſtrafbar iſt, und nicht anders als durch Rache und der Compoſition geahndet wird, die andere, wo öffentliche Strafe gedroht iſt, ſo daß die Ausnahme in jener darin beſtehe, ohne Compoſition, in dieſer, ohne Strafe tödten zu dürfen; allein der Gang der geſchichtlichen Entwicklung, wonach lange Zeit beide Gegenſätze vermittelt neben einander ſtehen, und eine ſcharfe Trennung weder nach der Zeit, noch nach den beſondern Volksrechten ſich mit Erfolg durchführen läßt, wiederräth ein ſolches, auch mit andern nicht gut zu beſeitigenden Schwierigkeiten verknüpftes, und für die germaniſchen Rechte ſogar unpraktiſches Verfahren, eben ſo ſehr, als eine abgeſonderte Darſtellung noch dieſen beſondern Volksrechten ſelbſt, welche unvollſtändig, und unſicher zugleich ſeyn müßte. Aber dafür, daß aus den verſchiedenen Volksrechten, auf den Grund gemeinſamer nationaler Anſichten und Sitten, auch allgemeinere Reſultate gezogen werden, darf ich mich auf die Methode der angeſehenſten Germaniſten unſerer Zeit berufen; und wie verſchieden und beſtritten auch die Anſichten darüber ſeyn, ob es überhaupt ein gemeines deutſches Recht gebe, und auf welchem Wege daſſelbe ermittelt werde, ſo bezieht ſich doch der Streit am wenigſten auf die frühere Periode, von der wir in dieſem Theil der Unterſuchung ſprechen; er beginnt erſt praktiſch zu werden, da, wo in unendlicher Mannigfaltigkeit Stadtrechte und Weißthümer, und ſpäter Landesrechte vorkommen, zu einer Zeit, wo namentlich in den Lehren des Strafrechts der Ein-

fluß der fremden Rechte, insbesondere des Römischen so sehr überwiegend ist, daß im Gebiete des Criminal-Rechts die Streitfragen über die Quellen und positiven Grundlagen des gemeinen Rechts gar nicht so vorkommen, wie sie bei dem eigentlich s. g. deutschen Privat-Recht erörtert zu werden pflegen. Aber hier ist auch der Hauptumstand nicht zu übersehen, daß wir an den P. G. O. ohnerachtet der mannichfaltigen Oppositionen gegen dieselbe, welche die s. g. Clausula salvatoria, und im Gebrauch von derselben, die gleichzeitigen und späteren Landes-Criminal-Ordnungen veranlaßten,[211]) doch sowohl gesetzlich und practisch, als auch wissenschaftlich, eine Quelle des gemeinen Rechts für das Gebiet von Verbrechen und deren Bestrafung haben, wie dasselbe für keinen andern Rechtstheil besteht, wo also die Aufgabe und Thätigkeit der Wissenschaft,[212]) wenn auch nicht durchaus schwieriger doch umfassender ist, und die von entgegengesetzten Grundansichten über Quellen, aus denen zu schöpfen ist, und über die Methode, ausgeführten Ergebnisse begreiflicherweise verschieden seyn müssen.[213])

---

211) Vgl. z. B. Martin Lehrbuch des Criminal-Rechts. 2te Ausg. §. 2. u. 4. u. Jarke's Handbuch des Strafrechts. Th. I. §. 7.

212) Höchstens läßt sich rücksichtlich des bürgerlichen Prozesses etwas Aehnliches in Ansehung der Reichs-Kammer-Gerichts-Ordnung behaupten — aber auch hier doch mehr nur vom wissenschaftlichen und praktischen, als vom legislativen Standpunkte aus, vgl. Mühlenbruch Entwurf des Civil-Prozesses. Halle 1827. §. 1. 3.

213) S. Mittermaiers deutsches Privatrecht. Einl. u. Eichhorns Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 39 ꝛc.

Historisch-systematische Uebersicht der einzelnen Fälle straffloser Tödtung.

I. Privatrache.

Ueberhaupt und insbesondere von den Auslieferungen.

§. 66.

Gehen wir nun zur Betrachtung der einzelnen Ausnahmen selbst über, so ist rücksichtlich der Privatrache, wie früher bei der Darstellung der Römischen Grundsätze, diese selbst als die ursprüngliche Regel zu bezeichnen, welche allmählig immer mehr beschränkt, später als Ausnahme noch unter besondern Voraussetzungen statt findet.

Wie fern das, was oben ausführlicher vom Charakter des ältesten Römischen Strafrechts bemerkt wurde, als etwas Allgemeineres unmittelbar, oder als demselben Eigenthümliches, analog hieher zu beziehen, oder den Germanischen Grundsätzen entgegenzusetzen sey, ergiebt sich ohne weitere Erörterung, aus einer Vergleichung des Inhalts der bisherigen Darstellung. Eines Verhältnisses aber, welches in beiden Rechten vorkommt, ist noch vor der Aufzählung der eigentlichen Fälle erlaubter Privatrache zu gedenken, bei welchen nur zum Theil gleiche Grundansichten vorkommen, welches aber auch hier, und zwar in noch bestimmterer Weise als bei den Römern, den Uebergang zu einem mehr geregelten Strafrecht ausmacht, ja, im gewissen Sinn, ein solches voraussetzte — ich meine die Uebergabe (deditio, im Sprachgebrauche der Quellen auch traditio) des Schuldigen, an den Verletzten, zur Racheübung. Der Zusammenhang mit dem Kriegs-Recht und dem jus gentium ist oben nachgewiesen; hier findet sich aber die Uebergabe zwar auch in Beziehung auf den Krieg, d. h. auf die Fehde, aber sie ist nicht in diesem Sinn juris gentium, daß sie, gegenüber fremden Stämmen geboten war; und während sie dort einen strafrechtlichen Charakter fuxrogirt, und als Mittel vorkommt, einem Kriege, oder gewaltsamer Selbsthülfe zu

begegnen, überhaupt so, daß die Auslifernden ihren Gegnern gegenüber, eine Schuld, die außerdem auf der Gesammtheit ruhen würde, auf das Haupt eines Einzelnen wälzen, den sie als Urheber des Unrechts betrachten und darstellen, und gleichsam als Sühnopfer darbieten,[214]) so kommt sie in unsern alten Volksrechten, wenigstens später, als durch das Gesetz für gewisse Fälle verordnet vor, worin also bestimmter eine strafrechtliche Ansicht ausgesprochen ist, wo nicht, wenigstens nicht allgemein, eine Fehde gegründet war, überhaupt beschränkter, eben weil sie gesetzlich angeordnet ist. Auch bedurfte es wohl einer umfassendern Anwendung nicht, wie bei den Römern und den Völkern ihrer Zeit, wo sie hauptsächlich aus politischen Rücksichten hervortritt, indem das Bedürfniß dieselbe zu fordern, durch die in rechtlicher Form anerkannte Fehde, und die Composition, theils nicht in solchem Grade vorhanden war, theils, wie ich glaube annehmen zu dürfen, eine Forderung zur Auslieferung in der

---

214) Vgl. oben §. 26. und die daselbst angeführten Belege. Diese Ansicht findet man aber, wo sich ein sittliches Recht noch nicht gebildet hat, fast bei allen Völkern. In der neuesten Zeit haben die Perser, wegen der an dem Russischen Gesandten und dessen Gefolge verübten Tödtung und Mißhandlung zur Genugthuung die Auslieferung der Schuldigen, und Geisseln höchsten Ranges geboten. Die Chinesen haben ohnlängst, wie öffentliche Blätter erzählten, von dem Führer eines englischen Schiffs die Auslieferung eines Matrosen gefordert, der, wenn ich mich recht erinnere, eine unbeabsichtigte Tödtung eines Chinesen begangen hatte, um an ihm Rache zu nehmen. Aber es war natürlich, daß die Engländer diesem Gesuch nicht entsprachen, und den Schuldigen, nach seiner Verwirkung, bestraften, statt ihn der Willkühr Preis zu geben. Aehnliche Beispiele ließen sich, wenn es bedürfte, leicht mehrere aus neuerer Zeit anführen. Sie kommen aber meist vor bei Völkern wo die Rache noch immer die Hauptform der Strafe ist, und wo ein sittliches Vertrauen, daß das andere Volk, um der Gerechtigkeit willen, auch den am Fremden verübten Frevel ahnden werde, nicht statt findet.

Regel von den Stammgenoſſen, welche dem Verletzer bei der Fehde, ihrer Anſicht nach, die ſie von ſeiner That hatten, hätten beiſtehen müſſen, als ihrer Ehre widerſprechend, verweigert worden wäre. Wir finden daher, daß die Auslieferung nicht blos gefordert, ſondern auch geboten wird, in Fällen, wo entweder der niedrige Stand des Beleidigers eine Fehde gar nicht zuläßt, alſo alle jene Rückſichten wegfallen, oder wo die Uebelthat eine ſo freventliche iſt, daß ſie nicht, gleich andern Mißbräuchen roher Kräfte und wehrhafter Geſinnung, irgend eine entſchuldigende Seite an ſich hat, ſondern allgemein, jetzt ſchon als wirklich verwerflich und ſtrafwürdig erkannt wird, bei Sklaven,[215]) und bei

215) Lex Salica a. C. M. emend. Tit. XLII. Cap. 3. — „Si autem servus de quolibet crimine inculpatus fuerit, et dominus servi ipsius praesens adfuerit, ab eo, qui repetit, admoneatur ut servum suum ad justa supplicia dare non differat.“ — Vergleiche damit jedoch die nächſtfolgenden Stellen bis Cap. VIII. über das reſp. Recht und die Pflicht des Herrn zur Compoſition, und die nachſtehenden Stellen aus dem pact. leg. Sal. — Lex Baiuvar. Tit. VIII. Cap. 9. — „Si servus cum libera fornicaverit, et hoc repertum fuerit, ille cuius servus est reddat illum parentibus eius ad poenam quam meruit luendam, vel ad interficiendum et amplius nihil cogatur exsolvere: quia talis praesumtio excitat inimicitias in populo.“ Lex Wisigothor. lib. VI. Tit. V. Cap. 12. med. „Atque illi qui suos conservos occiderint, in potestate domini sui eorum causa consistat, ut faciendi de eis quod voluerint licentiam habeant. Si vero alienum quis occiderit servum, ei procul dubio traditurus est, cuius servum vel ancillam dinoscitur occidisse. — Ipsi vero qui homicidium fecisse confessi sunt, aut pro homicidio puniantur, aut occisorum parentibus vel propinquis tradantur, ut quod de eis facere voluerint habeant potestatem.“

der Entführung, dem Ehebruch, Menſchenraub, Vergiftung,[216]) wo alſo eine gewiſſe Verachtung des

---

Indeſſen unterſagt eben dieſe Stelle den Mißbrauch der Herrngewalt, und der Herr der ſeinen Sklaven getödtet hat, muß ſich wenigſtens gerichtlich verantworten, und darthun, daß derſelbe ein todeswürdiges Verbrechen verübt hatte.

216) Lex Burgund. Tit. XII. Cap. 1. „Si puella quae rapta est corrupta redierit ad parentes, sexies puellae pretium raptor exsolvat: mulctae autem nomine sol. XII. Cap. 2. Quod si raptor solutionem suprascriptam unde solvere valeat, non habuerit, puellae parentibus adsignetur, ut faciendi de eo quod ipsi maluerint, habeant potestatem.“ — Leg. Luitprand. lib. VI. Cap. 77. — „Ille autem homo qui cum ipsa muliere aliena adulterium commiserit, quamquam cum viri eius consilio fecisset, tradatur in manus parentum ipsius mulieris et non in manus ipsius viri, qui tale malum consenait, aut consilium illicitum tribuit.“ — Leg. Lothar. I. L. 86. — „Si adulter cum adultera comprehensus fuerit, et secundum Edictum legis Longobardorum marito adulterae ambo ad vindictam traditi fuerint etc.“ — Lex Wisigothor. lib. VI. Tit. II. Cap. 2. „Diversorum criminum noxii, diverso sunt poenarum genere feriendi. Ac primum ingenuos sive servos veneficos, id est, qui venena conficiunt, ista protinus vindicta sequatur: ut si venenatam potionem alicui dederint, et qui biberit mortuus exinde fuerit, illi etiam continuo suppliciis subditi morte turpissima sunt puniendi. Si certo poculo veneni potatus evaserit eius potestati tradendus est ille, qui dedit ut de eo, quod facere voluerit, sui sit incunctanter arbitrii.“ — Lib. VII. Tit. Cap. 3. — „Qui filium aut filiam alicuius ingenui vel ingenuae plagiaverit, aut sollicitaverit, et in populos nostros, vel in alias regiones transferri

Schuldigen eintritt, deſſen Rechtfähigkeit überhaupt nicht beſtand, oder nicht weiter beſtehen und anerkannt werden ſollte.[217]) Uebrigens, ſo wie bei den Römern mit der deditio in naher Verbindung die noxae datio ſteht, ſo kommt auch im Germaniſchen Rechte ein Aehnliches vor, rückſichtlich der Thiere, welche Schaden ſtiften, für den ihr Herr in Anſpruch genommen werden kann, oft mit ganz eigenthümlichen ſehr intereſſanten Beſtimmungen, deren Erörterung aber dem Gegenſtande unſerer Betrachtung fremd iſt.[218]) Jene Uebergabe zur Rache kommt nun auch meiſt in ſolchen Fällen vor, wo jetzt bereits Todesſtrafe ſtatt fand, die ohnedem in ſpätern Geſetzen eben ſo häufig, als in den älteſten ſelten verordnet iſt. Sklaven wurden überhaupt härter behandelt, und unbedenklicher dem Tode beſtimmt.[219])

---

fecerit, huius sceleris auctor patri aut matri fratribusque si fuerint, sive proximis parentibus in potestate tradatur ut illi occidendi aut vendendi eum habeant potestatem. Aut si voluerint compositionem homicidii ab ipso plagiatore consequantur, id est solidos quingentos, quia parentibus venditi aut plagiati non levius esse potest, quam si homicidium fuisset admissum.“

217) Daher auch die Wahl des Verletzten und zur Rache Berechtigten den Uebergebenen zu verkaufen, oder auch als Sklaven zu halten. S. Note 216. Von ungeſchickten Aerzten. L. Wisigoth. lib. XI. Tit. I. §. 6. „Si quis medicus dum flebotomum exercet et ingenuum debilitaverit C. solidos coactus exsolvat. Si vero mortuus fuerit, continuo propinquis tradendus est, ut quod de eo facere voluerint habeant potestatem.“ Anders im Attiſchen Recht. Schömann u. Meier. S. 309.

218) Die wichtigſten Belege findet man zuſammengeſtellt bei Grimm a. a. O. P. 664 ꝛc.

219) Aehnlich wie im ſpätern Römiſchen Recht, im Zuſammenhang mit dem Gegenſatz der honestiores u. humiliores, ſo werden auch hier Sklaven theils am Leben geſtraft,

Aber auch in Ansehung der Freien ist zu erinnern, daß die Verbrechen, wegen welcher die deditio vorkommt, entweder unmittelbar nach einem vergeltenden Princip für todeswürdig gelten, wie Mord, Giftmischerei, oder daß sie mittelbar auf das Leben bezogen, und einer Verletzung desselben gleichgeachtet werden. Dieß ist bei dem Menschenraub und der Entführung ein so natürlicher Gesichtspunkt, daß für ihn kaum die Bestätigung des Römischen und einheimischen Rechts erforderlich scheint;[220]) aber auch bei dem Ehebruch ist es eine eben so merkwürdige als sittliche Seite, daß er vergleichbar einer Tödtung des Mannes mit seinem ganzen Wehrgeld, von dem Schuldigen componirt werden muß,[221]) und dieß giebt in Ansehung des Rechts der Tödtung des betretenen Ehebrechers noch einen wichtigern Gesichtspunkt und Erklärungsgrund, den in dieser Art das Römische Recht bei sonst gleichen praktischen Resultaten nicht gestattet.

---

wo es bei Freien nicht geschieht, theils mit härtern und schmählichern Arten der Todesstrafe belegt. Belege bieten die Rechtsbücher in großer Anzahl. Z. B. Lex Wisigothor. lib. III. Tit. II. Cap. 2. — Tit. IV. Cap. 14.

220) L. 16. Cod. ad leg. Fabiam de plagiariis. IX. 20. „Plagiarii qui viventium filiorum miserandas infligunt parentibus orbitates“ — und die Note 216. a. E. mitgetheilte Stelle L. Wisigothor. lib. VII. Tit. III. Cap. 3. — „quia parentibus venditi aut plagiati non levius esse potest, quam si homicidium fuisset admissum.“

221) L. Baiuvar. Tit. VII. Cap. I. §. 1. „Si quis cum uxore alterius concubuerit libera, componat hoc marito eius cum suo werigeldo, id centum sexaginta solidos.“ Bei andern Verbrechen z. B. der Entführung, verbunden mit Corruption, ist wegen der schweren sittlichen Verletzung sogar noch das Mehrfache des Lebenswerthes, wie es angeschlagen wird, verwirkt. S. oben Note 216. — Lex Luitprand. 77. — componat ad parentes ipsius mulieris suae, tanquam si in scandalum ipsa mulier occisa fuisset —

Zweierlei ist noch bei der Tradition des Schuldigen an den Verletzten, der in der Regel das Recht hat, denselben zu tödten, als einer besondern Beachtung würdig hervorzuheben; nehmlich daß zuweilen eine traditio geboten wird, zugleich aber dem Gegner die Tödtung der Uebergebenen untersagt ist,[222]) und umgekehrt, daß es wenigstens mittelbar

222) Lex Luitprandi 68. . . . . „Si vero ipsa mulier in hac illicita caussa consentiens fuerit, habeat potestatem eius maritus in eam vindictam dare, sive in disciplina, sive in venditione ubi voluerit: veruntamen non occidatur nec ei scematio corporis fiat. Si quidem forsitan talia fuerit ipse liber homo, ut non habeat unde compositionem facere possit, tunc Publicus debet eum dare in manus mariti sui, et ipse in eum faciat vindictam in disciplina vel in venditione, nam non in occisione aut in scematione corporis.“ — Beachtenswerth ist auch in vielen Stellen das gegenseitige Verhältniß der Rache und Composition, die nur alternativ, nicht concurrirend statt haben können. Ursprünglich Rache, Uebergabe, und zur Abwendung derselben Composition — daher auch das oft vorkommende vitam redimat, de vita sua componat — umgekehrt wiederum später die gesetzlich ausgesprochene Compositions-Verbindlichkeit und damit das Recht zu derselben; dagegen bei der faktischen Unmöglichkeit oder Unvermögenheit von dem Recht Gebrauch zu machen, oder die Pflicht zu erfüllen — wieder in der traditio die Rückkehr zu dem frühern ältesten Rechte, dem dann eben um nicht ein zu großes Mißverhältniß in Folge eines solchen blos zufälligen faktischen Hindernisses der Composition eintreten zu lassen, eine Grenze, durch Ausschließung der Tödtungsbefugniß gesetzt werden mußte. Nimmt man hiezu noch die vielen Stellen, besonders aus den Capitularien, wo gegen die Tödtung, hauptsächlich aus religiösen Gründen, geeifert wird, und die andern, welche an die Stelle der Willkühr, die Todesstrafe für schwere Verbrechen gesetzlich ausgesprochen, so findet man eine weitere Bestätigung dessen, was oben als der geschichtliche Gang in der Entwikelung des Strafrechts angedeutet werden ist. Ueber die Auslieferung des Mörders oder Todtschlägers an die Verwandten, wenn nicht Buße erfolgte, im Attischen Rechte s. oben Note 59.

eine Nöthigung giebt, den übergebenen des Todes Schuldigen, nicht am Leben zu lassen, in so fern für die Fälle, daß der Frevler, dem das Leben geschenkt wird, neue Missethaten verübt, derjenige verantwortlich gemacht wird, der durch sein unzeitiges Mitleiden daran Schuld ist, wodurch aber natürlich die Strafbarkeit des eigentlichen Thäters nicht wegfällt.[223])

Andere Fälle.

1) Vom nächtlichen Diebe.

§. 67.

Unter den in den Quellen besonders hervorgehobenen Fällen nimmt nun zunächst der des nächtlichen Diebes unsere Aufmerksamkeit in Anspruch. Die Tödtung desselben

---

223) L. Carol. Magn. 87. „Si quis latronem morte dignum, sibi ad occidendum traditum, servaverit, et vitam indigno concesserit, medium damni, propter quod traditus est, componat: et si ipse latro rursus in latrocinio comprehensus fuerit, quod prius debuit, capitali sententia persolvat debitum.“ L. 88. „Si quis furem vel latronem comprehenderit; et eum indemnem dimiserit, neque illum ad praesentiam Judicis, aut Comitis, vel loci Servatoris, qui Missus Comitis est, adduxerit, et de hoc facto, sive de hac nequitia, posthac in praesentia Judicis convictus fuerit, ipsius damni existimatione, pro qua fur vel latro comprehensus est, componere cogatur.“ Indessen sind diese Stellen von noch weiterm Umfang und beziehen sich auch auf den Dritten, nicht durch den latro selbst Verletzten, indem theils auf dieser Voraussezzung die Verpflichtung zum Schadensersatz, den sich doch Jemand nicht selbst leistet, beruht, theils eine allgemeinere Pflicht ausgesprochen ist, den ertappten und ergriffenen Frevler dem Gericht zu überantworten.

kommt in den ältern und ſpätern Volksrechten als eine erlaubte vor, ohne die Beſchränkungen, die im Römiſchen Rechte ſchon ſehr früh dabei feſtgeſetzt werden. Dieß iſt nach dem eigenthümlichen Charakter der alten Germaniſchen Rechte auch ſehr erklärlich, und wir haben überhaupt nicht nöthig, hier irgend einen Einfluß Römiſcher Grundſätze anzunehmen, da nicht nur auch ſolche Rechte, welche durchaus frei von denſelben ſind, dieſe Tödtung erlauben, ſondern auch dieſes nothwendig aus dem ganzen Geiſt unſeres Rechtes hervorgeht. Die Tödtung des Diebes konnte im ſchlimmſten Fall doch nicht mehr als die Verpflichtung zur Entrichtung des Wehrgeldes begründen. Hierbei würde aber die Möglichkeit einer Fehde, und Vertretung des Getödteten durch ſeine Familie ꝛc. vorausgeſetzt werden müſſen — eine Vorausſetzung, die aber die Sitte der Völker, ihre Verachtung gegen eine ſo unmannhafte That, durchaus nicht geſtattet. Wie alſo eine Compoſition, bei Unzuläßigkeit einer Fehde nicht ſtatt findet, ſo wird auch in den Geſetzen keines Wehrgeldes wegen eines erſchlagenen Diebes erwähnt, vollends, wenn dieſer die nächtliche Ruhe ſtörte, und dadurch jede ſonſt noch mögliche Rechtfertigung ſeines unbefugten Eingehens in die fremde Behauſung wegfiel. Faktiſch konnte allerdings im beſondern Fall ein Zweifel entſtehn, ob der Getödtete ein Nachtdieb geweſen ſey oder nicht. Allein dieſer, der Beweisführung im Verfahren angehörige Geſichtspunkt, ändert nichts an dem rechtlichen Grundſatze. Man half ſich indeſſen zur Erleichterung des Beweiſes durch Präſumtionen, deren Anwendbarkeit allerdings wieder durch ein allgemeines Zutrauen auf die Sitte bedingt war. Denn was die nordiſchen Geſetze und in Uebereinſtimmung mit ihnen das ältere Ruſſiſche Recht beſtimmen, daß nehmlich die Lage des Erſchlagenen zum Anzeigen dienen ſolle, ob er im Moment eines Einbruchs oder widerrechtlichen Eingehens in Haus oder Hof getödtet ſey, ſetzt voraus, daß nicht der Urheber der Tödtung, wenn er ſich ſchuldig fühlte, eine Veränderung der Lage hervorgebracht habe; doch half dabei noch

die Bestimmung, daß sofort den Nachbarn von dem Vorgange Mittheilung gemacht werden mußte. Im Norden, sagt Grimm,[224]) bei gewaltsamen Hauseinbruch, wenn der Thäter erschlagen wurde, blieb sein Tod ungebüßt, sobald die Füße innerhalb, das Haupt außerhalb des Hofzauns fielen; fielen aber die Füße außenhin, das Haupt innenhinein, so mußte die Buße gezahlt werden, denn es wird angenommen, der Kopf fällt dahin, wo die Füße standen.[225]) Die Verordnung, welche das Ripuarische Recht[226]) macht, ohne sie jedoch auf Tödtung des Diebes zu beschränken, — sie gilt auch für andere Rache wegen Frevels im Hause — macht sogar eine Veränderung der Lage des Erschlagenen zur Pflicht, indem sie eine andere Art der Beweisführung der Unschuld aufstellt. Der, welcher sich seines Hausrechts bedient hat, sollte den Leichnam auf einer aus Weiden geflochtenen Tragbahre vor Zeugen auf einem Kreutzweg ausstellen, denselben 40 oder 14 Nächte hin-

---

224) Deutsche Rechtsalterthümer. S. 628. G. Ewers das älteste R. der Russen. P. 309.

225) Diese auf den Beweis oder dessen Surrogat sich beziehende Bestimmung steht, wie es auch bei andern Fällen des Römischen Rechts gezeigt ist, in naher Verbindung mit den materiellen Rechtsgrundsätzen. Vgl. Rogge a. a. O. P. 22.

226) Lex Ripuar. Tit. 77. „Si quis hominem suum super rebus suis comprehenderit, et eum ligare voluerit, aut super uxorem, seu super filiam, vel his similibus, et non praevaluerit ligare, sed colpus ei excesserit, et eum interfecerit, coram testibus in quadrivio in clida eum levare debet et sic quadraginta seu quatuordecim noctes custodire et tunc ante judicem in haraho (al. atrio) conjuret, quod eum de vita forfactum interfecisset. Sin autem ista non adimpleverit, homicidii culpabilis judicetur: Aut si negaverit cum legitimo numero juret, quod hoc non fecisset.“

durch bewachen, und auf diese Art sich durch jene Zeugen von dem Verdacht verschuldeter Tödtung, und der Verpflichtung zur Buße frei machen, indem er mit ihnen bei Gericht die Wahrheit seiner Behauptung, oder auf die ihm gemachte Anschuldigung widerrechtlicher Tödtung, das Gegentheil beschwört.

Jene Befugniß steht aber nicht nur gegen den nächtlichen Dieb zu, sondern auch am Tage, bei drohender Gefahr, mag sie gerechtfertigt werden, was mehr der Würdigung des besondern Falles angehört. Doch wird in den Gesetzen vorzugsweise des Nachtdiebes gedacht.[227])

---

227) Lex Baiuvar. Tit. VIII. Cap. 5. „Fur nocturno tempore captus in furto, dum res furtivas secum portat, si fuerit occisus, nulla ex hoc homicidii querela nascatur.“ — Decret. Tassilon. Sect. II. Cap. 3. „Ut si quis domum, tam servus, quam liber altius effoderit, et ibi occisus fuerit, sine compositione in sua damnatione permaneat. Si autem suppellectilia abstulerit de eadem domo, et eo fugiente in curtem, hic cui damnum intulit, consequitur, pari subjaceat sententiae.“ Cap. 4. Similiter qui liberum vel mancipium suum furaverit, et comprehendere minime quiverit, et ibidem interfecerit reum, superior permaneat sententia: sed tamen ea genera trium homicidiorum debito signo vicinis suis, et his qui adsistunt, insignet.“ — Lex Burgund. Tit. XXVII. Cap. 9. „Si quis vineum fructum habentem noctu ingressus fuerit, et a custode vineae intra vineam fuerit interemptus ob occisi domino aut parentibus non requiratur.“ Legis Burgund. Additament. I. Tit. XVI. §. 2. „Certe si nocte hoc praesumpserit facere (sc. vineam alienam intrare furti caussa §. 1.) et percussus fuerit, ita ut moriatur, cuius vinea est nullum calumniam patiatur.“ Vgl. §. 4. eod. — Ferner nennt der bereits angeführte Titel V. des Friesen-Rechts — de homini-

Schon das nächtliche Eingehen, auch wenn es nicht auf ungewöhnlichem Wege geschieht, (die Quellen erwähnen be-

---

bus, qui sine compositione occidi possunt — „furem si in fossa qua domum alterius effodere conatur, fuerit repertus.“ — Lex Angliorum et Werinorum. Tit. 6. §. 4. „Homo in furto occisus, non solvatur: sed si proximus eius dixerit innocentem occisum, campo eum comprobet innocentem, vel XII. hominum sacramento, furem credi juste occisum.“ — Lex Saxonum Tit. IV. §. 4. „Qui noctu domum alterius effodiens, vel effringens intraverit, et duorum solidorum pretium abstulerit, capite puniatur. Si ibi occisus fuerit, non solvatur.“ Vgl. dagegen die Decretio Chlotar. II. Regis c. a. DXCV. — Lex Rothar. 32. „Si noctis tempore homo liber in curte alterius inventus fuerit, non dans manus ad ligandum, si occidatur, a parentibus non requiratur. Et si manus dederit ad ligandum, et ligatus fuerit, debet pro se solvere solidos LXXX. Quia non convenit rationi, ut liber homo noctis tempore in curte aliena silentio, aut absconse ingrediatur: sed si quam ulilitatem habet, antequam intret clamet.“ L. 33. „Si servus in curte aliqua noctis tempore inventus fuerit, non dans manus ad ligandum, si occisus fuerit, non requiratur a Domino suo. Et si manus dederit ad ligandum et ligatus fuerit, liberet eum Dominus cum XL. solidis.“ — Capitul. Carol. M. Lib. V. Cap. 343. „Fur nocturno tempore captus in furto, dum res furtivas secum portat, si fuerit occisus, nulla ek hoc homicidio querela nascatur.“ Lib. VI. Cap. 19. „Si effregerit fur domum, sive suffodiens fuerit inventus, et accepto vulnere mortuus fuerit, percussor non erit reus sanguinis. Quod si orto sole hoc fecerit, homicidium perpetravit et ipse morietur.“ Lib. VII. Cap. 169. „Si quis ad faciendam rapinam adgreditur, aut iter agentem in praediis adsallie-

sonders das effodere, und das Entdecktwerden des Diebes in fossa) macht verdächtig, und begründet eine rechtliche Gewalt: wer sich eines rechtlichen Grundes bewußt ist, soll dieß durch Rufen zu erkennen geben, und wenn er es unterläßt setzt er sich jener Gefahr aus. Die mitgetheilten Stellen zeigen aber auch, wie allmählig eine Befugniß, die ganz natürlich ist, so lange eine eigentliche öffentliche Strafanstalt nicht besteht, beschränkt werden mußte, so bald diese wirksam zu werden begann, und indem sie den Dieb zur Strafe zieht, auch die Rache gegen denselben, im Ganzen auf die Grenzen des Unvermeidlichen zur eignen Vertheidigung einschränkt, wonach die Anwendung größeren Zwanges, vollends die Tödtung nicht mehr unbedingt ohne rechtliche Gegenwirkung seyn konnte.

Besonders wichtig sind hier die Bestimmungen, daß zuerst der Versuch gemacht werden soll, den betretenen Dieb zu binden, gelingt dieses, so darf nicht getödtet, sondern nur Buße gefordert werden; im entgegengesetzten Falle aber, also wenn durch das Widerstreben des Diebes ein Kampf entsteht, wird die Tödtung desselben entschuldigt. Damit geht aber zugleich das Verhältniß in das der Nothwehr über, denn der eingedrungene Frevler, der sich zur Wehr setzt, und es weiß, welcher Gefahr er sich von diesem Augenblick an aussetze, wird, um seines Lebens willen, leicht einen Grad

---

rit, aut domum alterius nocturnus spoliator intraverit, et occisus fuerit, mors latronis ipsius a nemine requiratur." Lex Wisigothor. Lib. VII. Tit. II. Cap. 14. bezieht sich mehr auf die Nothwehr. „Fur qui per diem se gladio defensare voluerit, si fuerit occisus, mora eius nullatenus requiratur" — und erinnert an das Römische „si cum telo se defenderit." Cap. 16. „Fur nocturnus captus in furto, dum res furtivas secum portare conatur, si fuerit occisus, mors eius nullo modo vindicetur." Ueber das Alt-Englische Recht s. Phillips a. a. O. §. LIV.

der Gegenwirkung äußern, der die Gefährlichkeit seines ursprünglichen Unternehmens weit übersteigt, und den Begriff eines ganz andern herbeiführt.

Wir finden daher auch, daß sich stufenweise der Staat hier, wie in andern Fällen, erst eine concurrirende, dann eine ausschließende Strafgewalt beilegt, und schon die Zuversicht, daß der Frevler nicht ungestraft bleiben werde, mußte dahin wirken, daß von jener, immer traurigen Befugniß, allmählig um so seltener Gebrauch gemacht wurde, je mehr auch mittelbar und indirekt, die späteren Gesetze, welche überhaupt die Tödtung verbieten, und die christlichen Lehren hierauf Einfluß äußerten, und es ist endlich hier zu erinnern, daß solche Folgen wieder in einem Verhältniß der Wechselwirkung, auch als Gründe wirksam werden, und eine Veränderung der alten Sitten hervorbringen.[228]) Und in diesem Sinn müssen auch spätere Verordnungen verstanden

---

228) Solche Beschränkungen enthalten z. B. außer denen in der vorhergehenden Note angeführten, das Capit. trip. Carol. M. a. DCCCVIII. Cap. 1. — daß überhaupt Niemand einen Frevler strafen und tödten soll — nisi per judicium: wobei das weitere Verfahren, und die Folgen der Uebertretung angegeben werden. — Merkwürdig, aber ganz den bisher erwähnten Grundsätzen entsprechend ist Leg. Luitprand. lib. VI. Cap. 101. — „Hoc nobis rectum comparuit esse de his servis, qui in furto comprehenduntur, ut in anteriori Edicto continetur, ut occidantur aut redimat eos Dominus solidis XL., ut si amodo cuiuscumque servus comprehensus fuerit, eo tenore, ut mori debeat, redimat eum Dominus suus cum solidis XL. sicut dictum est. Et si minime eum redimere voluerit, ipse Dominus occidat. Et si Dominus eius eum occidere noluerit, occidat eum ille, qui eum comprehensum tenet: Et si nec ille voluerit, tunc occidat Curtis nostra, et quomodo jussio nostra fuerit, de eo debeat ordinare.“ Vgl. Capitul. Car. M. lib. V. Cap. 197.

werden, welche zum Theil in der Praxis durch Römiſches Recht modificirt, den Uebergang zu dem Recht der P. G. O. machen.[229])

2) Der Ehebrecher.

§. 68.

Der Gang der Unterſuchung führt uns auf das Recht des durch Ehebruch Verletzten, an dem Schuldigen tödt-

---

229) Der Sachſenſpiegel Buch II. Art. 69. geſtattet zwar allgemein die Tödtung des Friedbrechers, aber erfordert zugleich, daß der Urheber der Tödtung ſelbſt ſieben die Rechtmäßigkeit ſeiner Handlung, den wirklichen Friedensbruch beweiſe; und Buch I. Art. 64. 69. geben noch beſondere Beſtimmungen über die Art, wie ein erſchlagener Verbrecher überwieſen werden ſoll, und über die Strafe deſſen, der jenen Beweis nicht liefern kann, und daher ſelbſt als Friedensbrecher erſcheint. Die Gloſſe zum Sachſenſpiegel Buch I. Art. 50. Doch ſoltu wiſſen, das vier ſachen ſeind, durch die ein mann den andern wohl mag todtſchlagen, und bleibt des ohne wandel: „Zum vierdten ob einer den andern bei Nacht begriff in ſeinem Hauſe“ bezieht ſich wie bei den andern Fällen ſtrafloſer Tödtung auf Stellen des Römiſchen Rechts. —

Das Schwäbiche Landrecht Cap. 151. §. 15. hat aber die einheimiſchen Gewohnheiten vor Augen. — „Iſt da ein Dieb nachtes in eyn hauß geet oder darein grebt, oder wie er darein kommet heymlichen. Unnd vinde ich ihn an einem ſchaden ſchlahe ich dann in eze Tode. ich bin unſchuldig an ſeinem Tode. — Iſt das ein Mann des nachtes eine Diebheit thut, der in eze tod ſchlöcht, den ſoll man nicht tödten. Iſt aber daß ein Dieb des tages thut Diebheit. der in dann zu tode ſchlöcht, den ſoll man auch tödten. — Das iſt darum geſetzet, das dye nachte beſſern fried ſoll haben, denn der tage. — So wird der Nachtdieb auch ſtrenger beſtraft, als der (von Grimm ſ. g.) Tagedieb — z. B. jener mit dem Strang, der Weide, dieſer mit dem Schwerdt, für gewiſſe Arten des Diebſtahls. Sachſp. Buch II. Art. 28. §. 3. Merk-

liche Rache zu nehmen: Dieß ist zunächst der Ehemann, dann auch der Vater der Frau, beides unter Voraussetzung des Betretens auf frischer That. Die eigenthümlichen beschränkenden Bedingungen des Römischen Rechts können hier begreiflicherweise nicht gesucht werden, doch fehlt es nicht an Einschränkungen, welche der Willkühr ein Ziel setzen. Der Gesichtspunkt ist der, der Privatrache, wegen eines nach der Ansicht der Germanen sehr schweren und früher seltenen Verbrechens, [230]) das einer Tödtung des Mannes, wie früher erinnert wurde, gleichgehalten wurde; [231]) dann aber ist

würdig ist das in Jüt. Lov. II. 88. enthaltene Verbot, den zum Ding gebrachten Dieb selbst zu tödten, wie es früher den Bestohlnen gestattet war: „weil er dies aus Rache thut, und doch keiner sein eigener Richter seyn darf; hingegen begeht der Beamte keine Sünde dadurch, denn er thut es wegen des Rechts und der königlichen Gewalt, und nicht aus Rache.“ — Larsen in der kritischen Zeitschrift für R. W. des Auslandes, von Mittermaier I. 3. S. 483. Heidelberg 1829.

230) Tacit. de mor. Germ. Cap. 19. „Paucissima in tam numerosa gente adulteria, quorum poena praesens et maritis permissa. Accisis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus, ac per omnem vicum verbere agit.“

231) Die Angabe der Hauptstellen möge der bereits erwähnte Tit. I. der Lex Frisionum eröffnen. Sie nennt schlechtweg unter denen, deren Tödtung keine Composition heischt — „adulterum“ (S. oben Note 209.) Lex Ripuar. 77. (S. oben Note 226.) Lex Baiuvar. Tit. VII. Cap. I. §. 2. — „Et si in lecto cum illo interfectus fuerit (sc. adulter) pro ipsa compositione quam debuit solvere marito eius, in suo scelere jaceat sine vindicta.“ In der Lex Burgundion. Tit. LXVIII. 1. 2. ist schon das Römische Recht zu erkennen: „Si adulterantes inventi fuerint, et vir ille occidatur, et femina. — Nam hoc observandum est, ut aut utrumque occidat: aut si unum occiderit pretium ipsius solvat, sub ea traditione pretii, quae est prioribus legibus

hier auch das Recht des Mannes über ſeine Frau (Mundium) oder des Vaters über ſeine Tochter nicht nur Vorausſetzung

---

constituta“ — jedoch mißverſtanden, indem das was hier zur allgemeinen Bedingung gemacht iſt, im Römiſchen Recht, nur in Anſehung des Vaters gilt, während für den Ehemann das Gegentheil aufgeſtellt iſt. L. Rothar. Cap. 213. „Si quis liber vel servus cum uxore sua liberum aut servum suum fornicantem invenerit, potestatem habeat ambos occidendi; et si eos occiderit, non requirantur.“ — Lex Luitprand. lib. VI. Cap. 77. Leg. Lothar. I. Cap. 86. — Lex Wisigothor. Lib. III. Tit. IV. enthält theils die oben Note 215 ꝛc. erwähnte Dedition an den zur Rache Berechtigten, unter gewiſſen Vorausſetzungen ſelbſt mit dem Vermögen des Schuldigen, theils die Tödtungsbefugniß, wieder mit Spuren des Römiſchen Rechts. — Cap. 1. „Si quis uxori alienae adulterium intulerit violenter, si ipse adulter filios habens legitimos talia perpetravit, ipse solus absque rebus addicatur marito mulieris. Si autem legitimos filios non habuerit, quibus facultas sua deberi legitime possit, cum omnibus rebus suis in potestatem mariti mulieris deveniat, ut in eius potestate vindicta consistat. Quod si mulieris fuerit fortasse consensus marito similis sit potestas de his faciendi quod placet. Vgl. Cap. 2. Cap. 3. „Si cuiuslibet uxor adulterium fecerit, et deprehensa non fuerit, ante judicem competentibus signis et indiciis maritus accuset. Quod si mulieris adulterium manifeste patuerit, adulter et adultera secundum superioris legis ordinem ipsi tradantur: ut quod de eis facere voluerit, in eius proprio consistat arbitrio.“ Cap. 4. „Si adulterum cum adultera maritus vel sponsus occiderit, pro homicida non teneatur.“ Cap. 5. „Si filiam in adulterio pater in domo sua occiderit, nullam poenam aut calumniam incurrat. Si certe eam reservare voluerit faciendi de ipsa et adultero, quod voluerit, habeat potestatem. (Dadurch iſt alſo auch wohl die vorhergehende

der Tödtungsbefugniß, ſondern auch der eigentliche rechtliche Grund, ſo fern nehmlich nicht blos von der Tödtung des fremden Ehebrechers die Rede iſt.[232]) Die älteren Rechte geſtatten jene Tödtung in ſo fern unbeſchränkter, als das Röm. Recht, als mehr der ſittliche Charakter der Ehe, welcher aufrecht erhalten werden ſollte, denn das bloße Recht des verletzten Ehemanns hier zur Entſcheidung dienen ſoll, indem ſogar die Frau unter Umſtänden eine Genugthuung wegen der Treuloſigkeit ihres Mannes fordern kann, die ihr aber doch nicht an ihrem Manne ſelbſt, ſondern nur an der *mit* ihm frevelnden Frau zuſtehn ſoll, wie die letzte (in Note 231.) angeführte Stelle zeigt. Aber auch wieder beſchränkter iſt dieſes Recht in der Anwendung bald durch den Einfluß der Geiſtlichkeit, und die Anordnung kirchlicher Strafe für den Ehebruch, im Zuſammenhang damit, daß der Tödtung überhaupt entgegengewirkt wird, und dieſelbe gleichfalls kirchlich ge-

---

Stelle, von einem Ausſchließen der Tödtung, bei dem beliebigen Verfahren zu erklären.) Similiter et fratres sive patrui, post obitum patris, faciendi habeant potestatem.“ Cap. 6. „Sicut parentibus in domo repertos adulteros necare conceditur, ita praeventi a servis perimi non jubentur: sed cum eos servi repererint, sub honesta custodia teneant, donec aut domino domus, aut judici praesentandos exhibeant, et detectos certis indiciis legalis poena percellat.“ Sehr merkwürdig iſt endlich Cap. 9. „Si qua mulier ingenua marito alicuius adulterio se sociaverit, et ex hoc manifestis indiciis et probatione convictus, addicatur uxori cuius marito se miscuit, ut in ipsius potestate vindicta consistat.“ Vgl. die folgenden Cap.

232) Der Mann in rechter Ehe hat Gewalt über das Leben der Frau. Daher auch als Symbol das Vortragen eines Schwerdts bei Brautführung und Hochzeiten, z. B. bei den Friſen, und es wird ausdrücklich erwähnt, daß der Mann das Recht haben ſoll, die Frau, welche ſich von der Anſchuldigung

büßt werden mußte.[233]) Ob gleich nun in ſpäterem Rechte[234]) offenbar durch Mißverſtändniß über die Anwendbarkeit des Röm. Rechts in Deutſchland die Tödtungsbefugniß des Mannes noch genannt wird, ſo darf man doch darauf kein zu großes Gewicht legen. Wenn irgendwo der Grundſatz, den man jetzt bei einer mehr hiſtoriſchen Betrachtungsweiſe des Rechts und ſeines Zuſammenhanges mit der Sitte eines Volkes häufiger ausgeſprochen, als durchgeführt und beobachtet findet, ſeine Wahrheit bethätigt, ſo iſt es hier, wo man nachweiſen kann, daß ehe noch die P. G. O. jenen Satz aus dem Römiſchen Rechte wieder aufnahm, er nicht

---

begangenen Ehebruchs nicht reinigen kann, mit dem Schwerdte zu enthaupten, unter welchem ſie bei Begehung der Ehe gegangen iſt. Vgl. Grimm a. a. O. P. 167. 426. 431. 450. aber auch Siccama ad leg. Fris. Tit. IX. ed. Gaertner. Ueber das Däniſche Recht Kolderup-Roſenvinge a. a. O. §. 18.

233) C. 6. Caus. XXXII. Qu. 2. Inter haec sanctitas vestra addere studuit, si cuius uxor adulterium perpetravit, utrum marito illius liceat secundum mundanam legem eam interficere. Sed sancta Dei Ecclesia mundanis nunquam constringitur legibus, gladium non habet, nisi spiritualem, non occidit, sed vivificat. C. 7. 8. eod. C. 9. — Si (quod verius dicitur) non licet homini Christiano adulteram conjugem occidere, sed tantum dimittere; quis est tam demens qui dicat ei, fac, quod non licet, ut liceat tibi, quod non licet etc.

234) Gloſſe zum Sachſenſpiegel. Buch I. Art. 50. Wer einen bei ſeinem weib begreifft ꝛc. u. Buch III. Art. 1. wie die Bamberg. (ſ. unten §. 100.) beſtätigt die Gloſſe das ſpätere Römiſche Recht „Und wiſſe hier, wer einen verdecht mit ſeinem weib und verbüt er ihn mit ihr zu reden, und heimlichkeit zu haben, dreimal mit gezeugen, und leſt es jenner denn nicht, dieſer mag ihn erſchlagen. u. Buch I. Art. 37. Gloſſe 1. Hie ſoltu auch ſonderlich wiſſen ꝛc.

mehr der allgemeinen Sitte und dem Bewußtſeyn angehörte. Ja es ließe ſich, wenn man die Sittengeſchichte früherer Jahrhunderte zu Hülfe nimmt, was am ſicherſten rückſichtlich des Lebens in einzelnen Städten geſchieht, ſo fern darüber die Quellen eröffnet ſind, wie es in neuerer Zeit bei einigen der Fall iſt, nachweiſen, daß die verdorbene Geſinnung, welche in der Verletzung der Ehe, nicht etwas ſo ſehr ſtrafwürdiges ſieht, keineswegs erſt der jetzigen Zeit angehöre, und daß ſchon lange vorher eine tolerantere Anſicht herrſchend geworden war, die ſich nicht mehr mit dem ſtrengen Rache-Recht und nicht mehr mit der frühern ſtrengen Beſtrafung des Ehebruchs, die man jetzt annimmt, vereinigen ließ. In unſern Lehrbüchern des jetzt anwendbaren Criminal-Rechts bildet es einen auffallenden Contraſt, wenn die Tödtungsbefugniß als eine praktiſche für ein Vergehen angeführt wird, welches nach der Praxis (hier nicht der Controverſen zu gedenken, die überhaupt in Anſehung der Beſtrafung des Ehebruchs, und des Verhältniſſes der Reichsgeſetze zu den Beſtimmungen des Römiſchen Rechts ſtatt finden[235]) ſehr gelinde, und nur mit mäßiger Freiheitsbeſchränkung, und dann, was ſich übrigens für unſre Verhältniſſe noch mehr rechtfertigen läßt, nur auf Antrag des verletzten Theils, nicht von Amtswegen geahndet wird. Auch waren längſt die Vorausſetzungen, auf denen hauptſächlich die frühere Tödtungsbefugniß beruhte — allgemeine Selbſtrache, und ſtrenge Gewaltverhältniſſe — hinweggefallen. So finden wir daher ſchon im Kaiſerrecht, nicht nur keine Erwähnung jenes Rechts, ſondern im Gegentheil ein Verbot der Tödtung oder Mißhandlung, und überhaupt ein anderes Verfahren vorgeſchrieben.[236])

---

235) Mein Syſtem der Crim. R. W. §. 194. Wächters Lehrbuch §. 213. Note 63. 64. Martin's Lehrbuch 2te Aufl. §. 289 ꝛc. Feuerbach's Lehrbuch §. 379. 380. Tittmann's Handbuch §. 579.

236) Kaiſerrecht. Th. II. Cap. 22. (nach der Senkenbergiſchen Ausgabe von Königsthal, des Corpus Juris Germanici. Tom I. P. 31.) — Begriffet ma eynen man

Wenn ſich nun gleich eine eigentliche desuetudo nicht beſtimmt nachweiſen läßt, ſo iſt doch im Gegentheil noch weniger zu erweiſen, daß die Anſicht ſtrafloſer Tödtung ſich gegen die theils beſchränkenden, theils indirekt, theils auch direckt entgegenwirkenden Geſetze erhalten habe, um in der P. G. O. nur eine Beſtätigung der frühern Rechte und Ge-

---

In dez andern mannes huſe by ſyne wibe an der waren ſchulde By tage aber by nacht alſo daz he met er geſündiget hat mit gemeinſchaff dez fleyſſes an den man ſoll dez weibes eliche man keynen argen van legen met ſlaen noch met ſtoßin. Wann he mag en fain unn binden, unn mag en dornoch dem keyſer antwortin, der ſall es richten, und deme gerichte, das dorczu iſt geſatzt. Daſſelbe iſt auch der Fraven recht. Vergiſſet ſich ober der frouven Eman, doz er ez ſelber rechin wel ſo her allerobelſt mag, So hab he ſich gegeben in dez keyſer gewelt met liebe unn met gude. Sint der keyſer in ſyme rechten geſchrebin hob, daz nymant ſelber richten ſal. Get aber daz wip cze dem Manne heym in ſyn huſ, unn hob met emm in ſynn huſe czu ſchigkenn, unn wert me dez gewor, Dorume iſt der czuman emm Emannn nicht pflichtig ader nymande von ſyner wegen Denn gode alleyne. Cap. 23. Wo eyn wip iſt by eynen elichen man heb unn get by eyn andern man, wert me dez war met warheyt unn anders nicht, So mag ſe er mann uß erem huſe tryben, In erer krenkeſten wat, un muß biß an er ende ſin beroubet (weß der man hat,) nach dez keyſers recht, Obertreyt en aber ſin czorn daz hers an er richtet, unn he erem geſuntheyt benymmet, So hat he gethon weder dez keyſers recht, unn het ſin recht verlorn, unn Iſt ſy ſyn froyn alſo eer. Unn hudet her ſich van he ſe uß getribet, ſo muß he kuſh bliben by wile he er niht weder en wel. Nemet he ober eyn ander wip herfert me daz met worer kuntſchaft, So ſtet laſter wedet laſter, unn muß he ſin wip weder nemen."

wohnheiten zu finden, vielmehr scheint durch die P. G. O. der Satz, und mit ihm die Controverse erst wieder, und mit den bei uns ohnedem unanwendbaren Voraussetzungen des Römischen Rechts aufgekommen zu seyn, wovon weiter unten ausführlicher zu handeln Veranlassung genommen werden soll.

3) Der Entführer und Menschenräuber.

§. 69.

In Ansehung des Verfahrens gegen den Entführer, darf auf die frühere Darstellung des Römischen Rechts, namentlich wegen des Verhältnisses dieses Falls zu dem der Nothwehr verwiesen werden; doch ist auch in dem ältern Germanischen Rechte dieser Fall selbstständig hervorgehoben, wofür es nach der frühern Einleitung, wieder eines eignen rechtfertigenden Grundes nicht bedarf. Es ist hier zuförderst zu erinnern, daß die Entführung, als eine sehr schwere Verletzung der Freiheit und des Friedens überhaupt, und insbesondere derjenigen betrachtet wurde, deren Rechte, auch außer der Entführten selbst, (z. B. wenn sie eingewilligt hatte,) durch diese Gewaltthat angegriffen wurden. Zunächst begründete dieser Angriff, gleich jedem andern, die Privatrache auch mit den Folgen ihrer Abwendung; dann aber wird die Composition in dasselbe Verhältniß wie bei der Tödtung gesetzt, so daß die Handlung ihrem Charakter nach, dieser gleich geachtet, und selbst für todeswürdig gehalten wird, wie denn später und namentlich wegen der Entführung aus einem Kloster, jedoch nicht darauf ausschließend, in den Gesetzen die Todesstrafe angeordnet wird,[237]) welche für Sklaven schon

237) L. Sal. Tit. XIV. L. Ripuar. XXXIV. L. Baiuv. Tit. VI. Cap. 6. 7. 16. L. Burgund. Tit. XII. Lex Frision. Tit. IX. Cap. 8. L. Anglior. Tit. X. §. 1. Lex Saxon. Tit. VI. §. 3. Tit. X. Lex Wisigothor. lib. III. Tit. III.

gleich in den ältesten Rechten vorkommt. Von einer ausdrücklichen Tödtungsbefugniß spricht nur das Westgothische Recht, bei dem man den Einfluß des Römischen Rechts anzunehmen geneigt seyn könnte, wenn nicht auch ohne ausdrückliche Erlaubniß, nach Analogie der bei der Tödtung, und zum Theil bei dem Raub und Diebstahl erlaubten Privatrache, und der hier zugleich eintretenden Vertheidigung, der Grundsatz der Strafloſigkeit der Entleibung des Entführers, als ein alter und anerkannter erscheinen müßte. Was die anderen Stellen aus dem Burgundischen Recht betrifft,[238]) so verordnen sie, gleich dem Westgothischen

238) L. Burgund. Tit. XII. §. 1. „Si puella quae rapta est, corrupta redierit ad parentes, sexies puellae pretium raptor exsolvat: mulctae autem nomine Sol. XII.“ §. 2. „Quod si raptor solutionem suprascriptam unde solvere valeat, non habuerit, puellae parentibus adsignetur, ut faciendi de eo, quod ipsi maluerint, habeant potestatem.“ — L. Wisigothor. lib. III. Tit. III. Cap. 2. — „Si parentes mulierem vel puellam raptam excusserint, ipse raptor parentibus eiusdem mulieris vel puellae in potestate tradatur, et ipsi mulieri penitus non liceat ad eundem virum se conjungere. Quod si facere praesumpserit, ambo morti tradantur. Si certe ad Episcopum vel altaria sancta confugerint, vita concessa omnimodis separentur, et parentibus raptae servituri tradantur.“ Cap. 6. „Si quispiam de raptoribus fuerit occisus, ille qui percussit ad homicidium non teneatur, quod pro defendenda castitate commissum est.“ Auch bei dem Plagium gilt das Recht der Tödtung oder Tradition zur Rache. L. Wisigothar. lib. VII. Tit. III. §. 3. 6. Vgl. Formul. Marculf. lib. II. Form. 29. Formul. Sirmondic. 16. (bei Bouquet P. 527.) 32. (P. 533.) Formul Lindenbrog. 82. (P. 556.) Formul. Andegov. 44. (P. 576.)

Rechte, eine Tradition des Schuldigen, so daß dieser der Willkühr der Verletzten verfallen ist, wovon zwar die nächste Folge, öfters auch wohl die schwerste, der Verlust der Freiheit ist, aber wenn der Verletzte den Uebergebenen tödten wollte, so hatte er wenigstens nach dem ältern Rechte deshalb nichts zu fürchten. Daß aber die Uebergabe in die Willkühr später mit ausdrücklicher Ausnahme der Tödtung vorkommt, ist oben bemerkt worden. Merkwürdig sind aber diese Bestimmungen deshalb, weil sie, wiewohl beschränkt, durch die Bedingung der Entehrung der Entführten, hinterher eine Rache gestatten, die das Römische Recht nicht enthält. Die eigentliche, und im spätern Recht allein noch anwendbare Regel, ist die der Tödtungsbefugniß bei der Gegenwehr und dem Widerstand gegen den Entführer, der bei seinem verbrecherischen Unternehmen betroffen wird, wodurch dann aber, wie früher gezeigt wurde, weniger der Gesichtspunkt der Privatrache, als der der rechtlichen Vertheidigung, der entscheidende ist, den auch das Westgothische Recht vor Augen hat. Dadurch kommt dann der Fall auf gleiche Linie, mit der Verletzung des gewöhnlichen Räubers, und dessen der als Räuber weiblicher Ehre bei dem Verbrechen der Nöthigung von den Gesetzen selbst so genannt wird,[239]) und diesem gleich bestraft werden soll. Wenn es daher besonders nach den innern Veränderungen der rechtlichen Ansichten über Tödtung, Rache und Strafe, keiner ausdrücklichen Bestimmung über diesen Fall bedurfte, so wird theils die Betrachtung der Lehre der Nothwehr, theils später der Bestimmungen der P. G. O. diesen Fall von seiner praktischen Seite uns würdigen lassen.

---

239) P. G. O. Art. 119.

II. Nothwehr.

Verhältniß zum Fehde-Rechte.

§. 70.

Zur Lehre von der Nothwehr, deren vollſtändige Erörterung hier nicht geliefert werden kann, ſind nur die Bemerkungen zu machen, zu denen das Germaniſche Recht ſelbſt nähere Veranlaſſung giebt.

Es liegt im Begriff eines Nothſtandes, und ſo auch der Nothwehr, daß ſie dem regelmäßigen Rechtszuſtand entgegengeſetzt, ihre Berechtigung aus dem Grunde eines höhern Rechts erhalten, wogegen das beſondere und formelle Rechtsverhältniß zurücktreten muß, oder, daß ſie vom letztern, und dem damit in Verbindung ſtehenden rechtlichen Verbot der Selbſthülfe und Eigenmacht eine Ausnahme machen muß, wo in Fällen, wo die von der Geſammtheit oder von dem Staat zugeſicherte allgemeine Hülfe und der dadurch begründete Frieden nicht vorhanden, nicht zureichend, und daher letzterer geſtört iſt, ſo daß ein Schutz, eine Wiederherſtellung des Rechts oder eine Erhaltung deſſelben nothwendig und eben darum, wie ſie auch geſchehen, gerechtfertigt iſt, und zwar nicht nur um des Rechts des Einzelnen willen, und ſeines ſ. g. Triebes der Selbſterhaltung, ſondern aus dem höhern Grunde, daß das Recht überhaupt ſeine Gültigkeit fordert, und eine Unterdrückung deſſelben durch das Unrecht nie erlaubt ſeyn darf, folglich auch Niemand geboten werden kann, ſich dieſes gefallen zu laſſen, weil die Hülfe, die allein das Verbot der Eigenmacht rechtfertigt, nicht vorhanden iſt. Die Nothwehr erſcheint ſelbſtſtändig daher ſowohl in ihrer praktiſchen Bedeutung, als auch eben darum, in wiſſenſchaftlicher Betrachtung, als Ausnahme der ſonſt geltenden Grundſätze erſt dann, wenn ein Volk auf einer Stufe der Rechtsbildung ſich befindet, welche die rohe und ohne Maaß ſich äußernde Gewalt entweder ſchon ganz beſeitigt, oder wenigſtens in beſtimmte Schranken gewieſen hat. Hieraus folgt

aber, daß wo die Regel sich noch nicht Anerkennung verschafft hat, auch von einer Ausnahme im eigentlichen Sinne nicht gesprochen werden könne, oder, wo noch Selbsthülfe, Privatrache, Fehde, das ursprüngliche und geltende Princip ist, derselben eine Nothwehr nicht gegenübertreten kann, vielmehr beide Gegensätze zusammenfallen, in dem, was hier als Recht gilt. Dieß ist nun unter andern der Fall im Germanischen Rechte. Davon ist natürlich hier nicht weiter mehr zu handeln, ob und in wie fern nach allgemeinen Gründen die Nothwehr zur Rechtfertigung sonst strafbarer Handlungen diene, sondern wie sich in einem bestimmten Rechte einer Zeit dieselbe zu dem System des Rechts, dem Grundgedanken desselben, verhalte. Also, wenn wegen erlittener Verletzung, Selbstrache nicht nur erlaubt, sondern ursprünglich das einzige Mittel der Verfolgung ist, und der Aufrechthaltung der Freiheit und der in ihr gegründeten Ehre, möge sie zu einer mehr äußern Vergeltung gebraucht, oder durch die Furcht derselben ein Abtrag bewirkt werden, da muß begreiflicherweise um so mehr eine unmittelbare Abwehr des widerrechtlichen Angriffes gestattet seyn. Demnach wird freilich die Nothwehr stets zur Rechtfertigung gedient haben, aber sie hat kein von dem andern Falle unterschiedenes Princip, und ist reiner eigner Schutz und Vertheidigung, Kampf, wie jener, und steht unter gleichen rechtlichen Grundsätzen. Zwar möchte man einen in der Sache liegenden Unterschied, den des widerrechtlichen Angriffes, und den der Vertheidigung gegen einen solchen, auch in den frühsten Rechtsansichten suchen — allein vergebens. Nehmlich schon in dem System der Privatrache und der auf Familien und Geschlechter vererblichen Fehden, liegt es, daß sie von dem ursprünglichen Entstehungsgrund abgesehen, in der gedoppelten Eigenschaft eines Angriffs und einer Vertheidigung zugleich erscheinen, und so auch von dem Betheiligten selbst betrachtet werden. Wenn den Sohn oder Enkel die Rache wegen des Frevels seines Vaters oder Ahnherrn trifft, so sieht er darin zwar nach der Volksansicht, nichts anders als

die natürliche rechtliche Folge eines durch Compoſition nicht ausgeglichenen Mißverhältniſſes, aber er findet es, gleich ſeinen Gegnern, nicht minder natürlich, daß er ſich gegen jene Vertheidigung der Andern, die ihm gegenüber zum Angriff wird, ſelbſt wieder vertheidige, indem er und ſelbſt der unmittelbare Angreifer doch wieder nur eine mehr von der Subjektivität ausgehende Rache, nicht die Vergeltung der Gerechtigkeit erkennt, und es fällt nicht der individuellen, ſondern der Geſammtanſicht anheim, in ſolchem Fehderecht etwas Allgemeineres und Nothwendiges zu achten, wie denn der früher erläuterte Ausdruck faidam oder inimicitiam suscipiat dieſe beiden Beziehungen gut ausdrückt. In der, durch Unterſtützung der Genoſſen, gegründeten und faſt zur Gewißheit geſteigerten Erwartung, daß der verletzte oder beleidigte Theil den Sieg erringen werde, ſpricht ſich aus, daß dem Gegner, der nicht componirte, ſondern es auf die Fehde ankommen läßt, eine Gefahr drohe, die er übernimmt, aber er ſelbſt, indem er dieſes thut, will es darauf ankommen laſſen. Ferner aber wird nicht nur an der Stelle, wo recht eigentlich von ſtraſloſen Tödtungen (sine compositione [240]) die Rede iſt, der Fall der Nothwehr nicht erwähnt, ſondern es wird ſogar, was ſehr bedeutend iſt, ſpäter wegen der in Nothwehr verübten Tödtung die Pflicht der Erlegung des Wehrgeldes ausgeſprochen. [241] Und dieſes

240) L. Frisionum. Tit. V. De hominibus qui sine compositione occidi possunt.

241) Sachſenſpiegel Buch II. Art. 14. „Schlecht ein mann den andern durch notwehr zu todt — kömpt er ohne den todten für gericht und bekennet er es ehe man über ihn klagt, und beut er ſich darumb zu recht, man ſoll ihm ſein Hals nicht vortellen, dem Richter aber ſoll man erteilen das höchſt gewett, und den freunden ihr wehrgelt ꝛc.“ Man ſieht aber auch hieraus, daß die Ausnahme nicht ſowohl darin beſteht, bei einer an ſich ſtraſloſen Tödtung Wehrgeld und Wette zu entrichten, ſondern vielmehr

kommt selbst noch in einer Zeit vor, wo durch mancherlei Beschränkungen der Privatrache und durch das Daseyn eines eigentlichen Strafrechts, die Nothwehr ihre wahre praktische Bedeutung, und ihre Gegensätze, so wie eine geltende Regel sich gegenüber hat, von der sie eine Ausnahme macht.

Selbstständige Bedeutung derselben.

§. 71.

Nun kommt in der That in den Quellen eine selbstständige Berücksichtigung der Nothwehr erst da vor, wo bereits auf die Tödtung, als eigentliches Verbrechen, eine öffentliche Strafe, und zwar die Todesstrafe, gesetzt ist,[242]) so daß in

---

bei einer nun veränderten Ansicht der Sache, durch diese Art der Sühne, der sonst verwirkten Lebensstrafe zu entgehen. Darum bemerkt der Schluß des Artikels für einen Fall, wo der Verdacht einer Tödtung anderer Art, als in Nothwehr entsteht: Bringet man aber den todten für gericht, unbegraben, und klaget man auf ihn, er muß antworten umb seinen Hals, oder muß den todten überreden. S. auch die Glosse hiezu. Selbst bei einer durch durch bloßen casus bewirkten Tödtung war das Wehrgeld verfallen. L. Anglionum et Werinorum Tit. X. §. 8. — „Qui nolens sed casu quolibet hominem vulneraverit, vel occiderit, compositionem legitimam solvat.“ Jedoch soll in solchem Falle keine Fehde statt finden. L. Rothar. 389. — „Si quis hominem liberum casu faciente nolendo occiderit, componat sicut appretiatus fuerit, et faida non requiratur, eo quod nolendo occiderit.“ Daß aber hier dennoch gebüßt werden muß, liegt in der oben erwähnten Ansicht der Germanischen Völker, mehr die objektive, als die subjektive Seite der Verletzung hervorzuheben, obwohl, wie auch selbst diese Stelle zeigt, letztere nicht ganz unberücksichtigt bleibt.

242) Nur einzelne Beispiele mögen hier Platz finden. L. Burgund. Tit. II. §. 1. „Si quis hominem ingenuum ex populo nostro cuiuslibet nationis, aut servum Regis natione duntaxat barba-

dem Nachlaſſe derſelben und der Entrichtung einer Buße an die Angehörigen des Getödteten eine Milderung und folglich

---

rum occidere damnabili ausu aut temeritate praesumpserit, non aliter admissum crimen, quam sanguinis sui effusione componat.“ Davon beſtimme nun §. 2. folgende Ausnahme: „Illud sane huic legi rationabili censuimus provisione subjungi, ut si cui forte a quocumque inlata vis fuerit, ut aut ictibus verberum, aut vulneribus urgeatur, et dum insequitur percutientem dolore aut indignatione compulsus occiderit, atque ita factum re ipsa, aut idoneis, quibus credi possit, testibus fuerit comprobatum, medietatem pretii secundum qualitatem personae occisi parentibus cogatur exsolvere.“ Ueber die geſetzlich gedrohte Todesſtrafe vgl. L. Bavar. Tit. II. Cap. II. Cap. V. §. 6. L. Burg. Tit. II. §. 3 — 6. Tit. IV. §. 1. 2. Tit VII. Tit. XXIX. §. 1. 2. Tit. XXXV. §. 1. 2. Tit. L. §. 3. Hier werden zwar meiſt, jedoch nicht ausſchließend Todesſtrafen für Unfreie beſtimmt, in Fällen wo der Herr, wenn ihn eine Schuld trifft, und überhaupt der Freie nur Buße zu entrichten hat. Auch findet ſich bereits der urſprünglich fremde Geſichtspunkt, der Abſchreckung z. B. Tit. LII. a. E. — „capitis amissione plectantur. Rectius est enim, ut paucorum condemnatione multitudo corrigatur, quam sub specie incongruae incivilitatis (al. civilitatis) intromittatur occasio, quae licentiam tribuit delinquendi.“ — L. Saxon. Tit. III. Decret. Childeb. Reg. c. a. 595. §. 5. „De homicidiis vero ita jussimus observari, ut quicunque ausu temerario alium sine causa occiderit, vitae periculo feriatus et nullo pretio redemptionis se redimat aut componat. Et si forsitan convenerit, ut ad solutionem quisque descendat, nullus de parentibus aut de amicis ei quicquam adjuvet. Nisi qui praesumpserit ei aliquid adjuvare, suum widrigeldum omnino componat. Quia justum est ut qui injuste novit occidere, discat juste morire.“ §. 7. eod. —

eine Anerkennung liegt, daß die Nothwehr als Rechtfertigungsgrund der Ausschließung der Strenge des Strafrechts gelten müsse.[243]) Ueberhaupt ist hier aber zu erinnern,

---

243) Lex Burgund. Tit. XXIX. §. 1. „Si quis superventu aut latrocinii scelere negotiatorem aut aliquem occiderit, occidatur: ita ut si ea, quae abstulit non potuerunt inveniri, in simplum de suis facultatibus reformatur. §. 2. Quod si superventum inferens, ab his quos latrocinio suo crediderat expetendos fuerit interfectus, nulla interfectoribus ab occisi dominis aut parentibus moveatur ex hac parte causatio.“ L. Luitprand. lib. IV. Cap. 1. §. 2. „Si quis liber homo se defendendo liberum hominem occiderit, et si probatum fuerit, quod se defendendo liberum hominem occiderit, sic eum componat sicut in anteriori Edicto continetur, quod Rotharius gloriosissimus Rex instituit etc.“ Lib. VI. Cap. 1. §. 9. „Recolimus qualiter jam statuimus, ut qui hominem liberum occidere praesumpserit, res suas in integrum perdat: Et qui se defendendo liberum hominem occiderit, componat secundum qualitatem personae.“ Am Schluß dieses Gesetzes wird das Wehrgeld erhöhet. S. Note 208. Capitul. Car. M. et Lud. Pii. lib. VII. C. 380. „Si quis quiete gradiens per viam, aut si etiam in domo sua fuerit, aut in platea civitatis, aut in villa subito aut ab alio supperventus, aut litis commotione, volens se defendere, non habens contra illum antea odium interfecerit hominem, septem annis secundum canonicam institutionem poeniteat, tres vero communione privetur etc.“ Hier ist zwar lediglich der kirchliche Gesichtspunkt, aber durch die weltliche Strafgewalt festgehalten, und es findet sich die Uebereinstimmung mit der frühern und spätern Ansicht, daß auch die in Nothwehr verübte Tödtung nicht ungebüßt bleiben dürfe. Jedoch nähert sich schon, unter dem Einfluß Römischer Grundsätze, den neuern Grundsätzen die L. Wi-

daß die Compoſition ſo ſehr die nothwendige Folge einer jeden ihrer äußern Erſcheinung nach rechtsverletzenden und ſo-

---

sigothor. lib. VI. Tit. IV. Cap. 2. „Si quis evaginato gladio, vel quolibet genere armorum munitus, praesumptivo modo in domum alienam intraverit, cupiens dominum domus occidere, si ipse fuerit occisus, mors eius nullatenus requiratur. Si autem ipse qui in domum alienam intravit, hominem occiderit, continuo et ipse moriatur.“ Cap. 6. „Non est putanda resistentis improbitas ubi violenter conspicitur praesumentis audacia. Quicunque ergo incaute praesumptuosus, fuste vel gladio seu quocumque ictu, percutere aliquem iratus voluerit, vel percusserit, et tunc idem praesumptor ab eo quem percutere voluit, ita fuerit percussus, ut moriatur, talis mors pro homicidio computari non poterit, ne calumniam patiatur qui praesumentem percusserit. Quia commodius est irato viventem resistere, quam se post obitum ulciscendum relinquere.“ Vgl. auch den Tit. V. beſonders Cap. 4. über einige Abweichungen von dem, was die P. G. O. beſtimmt. In Anſehung des Verwandtenmordes verordnet Tit. V. Cap. 28. Todesſtrafe, und wenn der Thäter an heiliger Stätte Zuflucht ſuchte, ſoll er den andern nächſten Angehörigen des Getödteten übergeben werden. Indeß wird auch ſelbſt hier Cap. 19. die Nothwehr als Entſchuldigungsgrund aufgeſtellt. „Si pater filium, aut filius patrem, aut frater fratrem, aut quemlibet sibi propinquum, gravibus exactus injuriis, aut dum repugnat, occidit; et hoc idoneis testibus, quibus merito fides possit adhiberi, apud judicem potuerit approbare, quod parricidium, tum propriam vitam tuetur, admiserit, securus abscedat, nec ullum vitae periculum, aut dispendia facultatum, vel tormenta formidet illa discretione servata, quae in cunctis casibus est de homicidis constituta.“ Hat aber ein Sclave irgend

mit verbrecherischen Handlung ist, daß sich auf sie der Begriff des Verbrechens selbst gerade so reducirt, wie bei uns eine gegenseitige Beziehung der Begriffe Verbrechen und Strafen angenommen wird. Jedoch dürfen die früher erwähnten Ausnahmen dieser Regel nicht übersehen werden. Der Satz gilt mehr von der Zeit, wo der durch ein Verbrechen gestiftete und aufzuhebende Schade nicht mehr lediglich nach dem Gesichtspunkt des äußern Werths gewürdigt wird. Compositio findet statt, wo ein Unrecht ist, sine compositione occidere heißt eine erlaubte Tödtung verüben; aber eine Vermittelung zwischen der wirklichen Buße als Strafe, für den der sie entrichten muß, als Genugthuung für den, der sie empfängt, liegt in der Scheinbuße, wodurch bei einer Würdigung der Handlung nicht blos nach ihrer äußern Erscheinung, daß z. B. ein Mensch getödtet worden ist, sondern nach ihrem innern Charakter, wonach sie nicht rechtswidrig, nicht Verbrechen ist, die Form des althergebrachten Rechts gerettet, zugleich aber anerkannt wird, daß materiell der Thäter keine Strafe verwirkt, kein Unrecht begangen habe, und daß der welcher sie empfängt, überhaupt oder für diesen Fall auf eine eigentliche Genugthuung nicht Anspruch habe.[244]) Nun ist aber, wie sich

---

eine Tödtung an einem andern verübt, so soll der Herr des Thäters dem andern Herrn büßen, oder den Thäter übergeben. In dem Edict. Theodor. ist lediglich die Römische Ansicht ausgesprochen: — Cap. 15. „Qui percussorem ad se venientem ferro repulerit, non habetur homicida: quia defensor propriae salutis videtur in nullo peccasse. Cap. 16. Qui ad possessionem alienam violentus advenerit cum multitudine congregata, si aut ipse, aut aliquis ex eodem numero, casu, dum repellitur violentia, occisus fuerit, is qui per necessitatem hoc fecit, a metu poenae liber habeatur.“ Marculf. Mon. Formul. App. 29.

244) Die Scheinbuße kommt in zwiefacher Weise vor:

aus der bisherigen quellenmäßigen Darſtellung ergiebt, urſprünglich, d. h. ſeitdem ſie ſelbſtſtändig hervortritt, auch die Tödtung in rechter Nothwehr, nicht unmittelbar ſtraflos, aber ſie wird es allmählig, und dazu macht unter andern jene Weiſe der Compoſition den Uebergang, bis wir eine Grundlage finden, auf welcher ſich das ſpätere praktiſche Recht anknüpfen läßt.

Der Sachſenſpiegel, wie bereits bemerkt,[245]) ſchließt ſich der ältern Germaniſchen Anſicht in ſo fern an, als er bei gerechter Nothwehr, das Leben nicht, aber wohl die Buße für verwirkt erklärt. Dabei iſt, wie öfters in den ältern Rechten, ein eignes Verfahren vorgeſchrieben, (z. B. auch der Klage wegen Bendthigung) welches der Angegriffene beobachten muß, um die Handlung zu rechtfertigen, und welches zwar zunächſt nur den Beweis und überhaupt dasjenige betrifft, was wir gewöhnlich dem Prozeſſe zutheilen: allein durch daſſelbe, oder auch durch die Unterlaſſung deſſelben, wird auch das materielle Recht hier näher beſtimmt, in

---

entweder als eine ironiſche für verächtliche Perſonen, die, als rechtloſe, ungeahndet beleidigt werden durften, oder als Zeichen rechtmäßig verübter Gewalt, welches der Urheber derſelben, in Hinlegen eines unbedeutenden Gegenſtandes, einer kleinen Münze ꝛc. deshalb giebt, um ſeine Handlung, auch äußerlich als eine ſolche, darzuſtellen, die er in ſeinem Bewußtſeyn zu rechtfertigen vermag, und nicht als Frevelthat angeſehen wiſſen will. S. oben Note 192. u. Grimm a. a. O. P. 677. Von den zahlreichen Beiſpielen, die dieſer Gelehrte anführt, und auf welche ich mich hier beziehe, iſt beſonders eines der letzten P. 679. für für die Lehre der Nothwehr wichtig: aus dem Wendhagner Bauernrecht. 200. „Den der einem Gewalt thut, auf dem Seinen, ſoll der hauswirt todſchlagen, und unter dem Süllen ein Loch graben, und ziehen den thäter darunter durch und legen ihm einen dreier auf die Bruſt, oder kann er den nicht haben, ſo haue er dem Hanen den Kopf ab und lege ihm denſelben auf die Bruſt, damit ſoll er gebeſſert ſeyn.“

245) S. oben N. 241.

einem noch engern Sinn, als in dem, in welchem überhaupt der Prozeß nicht als bloße Form des Verfahrens zu betrachten ist, sondern wesentlich auch auf das Recht selbst, und dessen Gestaltung Einfluß hat. Ueberhaupt aber steht bei vielen Lehren des Strafrechts, der Beweis in so naher unmittelbarer Verbindung mit der That selbst, abgesehen davon daß diese doch stets in der Beurtheilung, nicht wie sie an und für sich ist, in Betracht kommt, sondern wie sie durch das Verfahren erkennbar, und nach rechtlichen Grundsätzen, äußerlich dargestellt, eine bestimmte Gestaltung annimmt, daß man es wohl gutheißen darf, wenn neuerlich wieder darauf aufmerksam gemacht worden ist, der Beweis dürfte nicht ausschließend dem Strafprozeß in der wissenschaftlichen Darstellung anheimfallen, sondern müsse auch im System des Strafrechts selbst und bei den Lehren, wo sich sein Einfluß am meisten materiell findet, seine Stelle erhalten.[246])

Auch das schwäbische Landrecht legt hier auf den Beweis ein besonderes Gewicht, indeß wird die Ausnahme von der sonstigen Verwirkung des Lebens wegen der Tödtung, hier nicht in die Entrichtung des Wehrgeldes gesetzt, sondern je nachdem für den Erschlagenen ein zuläßiger Kämpfer aus dem Mannsstamme auftritt, oder nicht, soll entweder der Zweikampf, so fern der Kämpfer ebenbürtig (wie gemäß) ist, entscheiden, oder der Richter den Thäter innenhalten gegen sechs Wochen und einen Tag; gegen Ausländer aber sich verbürgen lassen, zehn Jahre, was aber bei dem wegfällt der sich unaufgefordert vor Gericht gestellt hat. Diese Stellung vor Gericht ist überhaupt zur Pflicht gemacht und alsdann tritt ein Verfahren zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein, welcher, wenn er nicht seine Schuld bekennt, beschwören soll, daß er die Bedingungen rechter Nothwehr erfüllt habe.

---

246) Roßhirt Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts §. 86. a. E.

Einige abweichende Grundsätze sind in dem 168sten Capitel aufgestellt.[247])

Nachdem nun bei späterm allgemeinerm Eingange der Römischrechtlichen Grundsätze in den einheimischen Gerichten Zweikampf, Wehrgeld, und was mit dem Verfahren darüber weiter noch in Verbindung steht, allmählig außer Gebrauch kamen, konnte es keinem Bedenken weiter unterliegen, die Nothwehr auf solche Grundsätze zurückzuführen, die sich aus der Natur eines Verhältnisses ergeben, welches jede Gesetzgebung anerkennen muß. Im Zusammenhange aber, mit einer allgemeinen anerkannten Strafbarkeit jeder Tödtung, überhaupt jeder Gewaltanwendung, mußten auch die Ausnahmen theils ihrer Zahl nach beschränkt, theils die übrigbleibenden näher bestimmt werden, und so bleibt dann, wie schon früher erinnert worden ist, der Fall der Noth-

247) Schwäbisches Landrecht Cap. 166. 167. bei Senkenberg P. 210 ꝛc. Die Nothwehr wird folgendermaßen bezeichnet: §. 1. Und kommpt eyn man den andern an, es sey nachtes oder tags, und eyner lauffet den andern an, do ist nyemann bei und sichts auch nyemann, der eyn weicht hinter sich ob er weichen mag, unnd wellt geren von ihm kommen; er schlöcht auff in, und diser weret sich wann er in es nicht erlasset, Er schlöcht jenen zu tode in rechter notwöre. §. 2. Nun fragen wir, wie er die notwör bereden soll. §. 3. Wir sprechen also, er soll so er aller beldest mag zu dem Richter kommen, und soll sich in des Richters gewalt mit seinem leibe ergeben und sol im sein schwert auff recht geben und der Richter sol in empfahen auf recht. Cap. 168. §. 14. Was recht nottwör heysset, das sollen wir auch sagen. §. 15. Rechte nottwör ist also ob eyn man den andern anlauffet, und jener entweichet hinder sich drey schritte oder mer, oder er fleucht vor im. und will in gerne meiden, daß er mit ihm nicht rechte. der lauffet in an und schlöcht auff in yedweder weret sich, und schlöcht den man zu tode.

mehr um so wichtiger, je mehr er später die Bestimmuung hat, noch andere Fälle unter sich aufzunehmen, welche früher nach andern selbstständigen Rücksichten straflos, es jetzt nur in so fern sind, als sich bei ihnen die Voraussetzungen der Nothwehr nachweisen, oder den Umständen nach rechtlich vermuthen lassen.[248]) Was dagegen die Grenzen rechter Nothwehr betrifft, so enthalten darüber die ältern Gesetze keine Bestimmungen — sie scheinen vielmehr, wie die mitgetheilten Stellen lehren, wenn es einmal zum Kampf wegen eines widerrechtlichen Angriffs gekommen war, die tödtliche Handlung sofort gestattet zu haben. Dieß darf aber nicht befremden, wenn man erwägt, daß ursprünglich und bis auf spätere Zeiten eine solche Tödtung, gleich der widerrechtlichen, zur Erlegung des Wehrgeldes verpflichtet; ja, indem noch der Schwabenspiegel verordnet, daß sich der Angeschuldigte dem Kampfe, mit dem männlichen Verwandten des Entleibten nicht entziehen darf, so haben wir hier nicht nur eine unmittelbare Bestätigung der althergebrachten Sitte, sondern es läßt sich vielleicht auch vermuthen, daß auch hier die Mittel nicht benommen waren, den Kampf durch Vertrag zu umgehen, und hieraus würde es sich erklären, warum hier nicht, wie im Sachsenspiegel, vom Wehrgeld unmittelbar die Rede ist. Interessant, aber mit der alten Ansicht völlig zusammenhängend und aus derselben zu erklären, ist es, daß mit dem Kampf die Sache, ihrem Hauptzweck nach, jetzt nicht mehr wie früher abgethan ist, denn der Kampf wird nun als Beweismittel im mehr prozeßualischen Sinne behandelt, dessen Resultat das weitere Verfahren bestimmt: Unterliegt der Angeklagte, so hat er die gesetzliche Strafe verwirkt. Eben so trifft auch den falschen Anschuldiger, wenn er sieglos wird, die Strafe, nachdem vorher der eine die Wahrheit seiner Anschuldigung, der andere seiner Unschuld beschworen, und beide „daß ihnen Gott also helffe czu yrem

248) Dahin gehört z. B. der latro, Mordbrenner ꝛc.

kampfe.“[249]) Der Richter ſoll aber, wenn auch kein Kämpfer ſich findet,[250]) von Amtswegen ſich eine Zeitlang des Thäters verſichern. Hatte aber ein Theil den andern verwundet, ſo ſoll auch darum wie um Tödtung gekämpfe werden, der Unterliegende aber die Hand verlieren.[251]) Daß nun demgemäß der Unterliegende, bei wirklicher Tödtung, ſein Leben verwirkt habe, ſagt ausdrücklich die mitgetheilte Stelle (Note 249).

Auch die Regeln, die ſich aus einer conſequenten Durchführung des Begriffes der Nothwehr, in Anſehung des ge-

---

249) Schwabenſpiegel Cap. 168. §. 17 — 19. und Cap. 172. §. 18. „Wer den andern anſpricht kämpflich umb den Todtſchage, welcher da ſiglos wird, dem geht es an das Haubt.“ (Daſſelbe Capitel aus Schilter. §. 19.) „Wird der überwunden auf den man da ſprichet, man richt über in, alz recht iſt.“ Sachſenſpiegel Buch II. Art. 16. §. 16. a. a. O. iſt unvollſtändig und in der Note bei Senkenberg folgendermaßen ergänzt: „Wird der überwunden auf den man klaget, man richtet über ihn, Und wird der Kläger überwunden, man richtet auch über in.“ S. Note o. P. 219.

250) Schwabenſpiegel Cap. 167. §. 9 — 11.

251) Schwabenſpiegel Cap. 168. §. 20. „Und iſt das in eyner nuu wundt wird, ſie kämpfen miteinander um die wunden, als umb den todſchlage, Und der der da ſiglos wirt, dem ſchlecht man die Hand ab.“ d. h. nicht, daß dieſes das Reſultat des Kampfes um jener Tödtung willen iſt, ſondern es iſt dieſes ein Kampf in Nothwehr, der aber nicht Tödtung ſondern nur Verwundung zur Folge hat, und wegen deſſen nun erſt der Zweikampf unter beiden Theilen ſtatt findet. Vergleiche Friedrich I. Conſtitut. vom Landfrieden §. 4. — Wo einer nach außgerichtem Landfrieden den andern verwundt, er beweiß dann durch einen Kampf, daß er ſolches zur Rettung ſeines Lebens gethan, ſolle im ein Hand abgehauen werden. Senkenberg in der Ausgabe des Corpus Juris Germanici etc. Vol. II. P. 212. Note f.

rechten und darum gerechtfertigten Maaßes ergeben, darf man noch nicht in diesem Theile der einheimischen Rechtsquellen suchen, so wenig als die hiermit in Verbindung stehenden Principien der Zurechnung, die sich jedoch bereits in der P. G. O. angedeutet finden.

III. Tödtung im Interesse des Staats.

Allgemeine Bemerkungen.

§. 72.

Wir kommen auf die Frage, ob nach einheimischen Rechten eine Tödtung im Interesse des Staats, oder des Gemeinwesens gerechtfertigt werde? In der Darstellung des Römischen Rechts ist zugleich mit den historischen und politischen Gründen gezeigt worden, welche wichtige und praktische Bedeutung dort dieser Fall hatte. So viele Anwendungen, wie sie das Römische Recht früherer Zeit darbietet, finden wir in unserm Recht nicht. In dem Moment, wo sich das lebendige Bewußtseyn der Individuen vom Staate, und dieser selbst, fester begründet zeigt, gegenüber den frühern Ansichten, denen mehr der Charakter individuellen und persönlichen Rechts zugeschrieben werden muß, konnte man solche Erscheinungen erwarten, wenn nicht, wie ich glaube, im Gegensatz zu der republikanischen Verfassung Roms, und des politischen Charakters der Volksreligion, (denn nur unter deren Einflusse fanden die Fälle solcher Tödtungen statt,) die monarchische Verfassung der Germanischen Länder, und die Grundsätze der christlichen Kirche, als Erklärungsgründe des Mangels solcher aus patriotischer Gesinnung hervorgehender Handlungsweise angesehen werden dürften. Hierher kann man nehmlich keineswegs die unter andere Gesichtspunkte fallende erlaubte Tödtung des Nachtdiebes, Räubers ꝛc. rechnen, wenn gleich auch ein mittelbares Interesse der Gesammtheit an der Unschädlichmachung gefährlicher Menschen nachgewiesen werden kann, denn

der Grund, von dem die Tödtungen ſolcher Individuen ausgehen, iſt ein rein ſubjektiver, und zwar von der Art, daß, ſo fern nicht die Bedingungen der Nothwehr vorhanden ſind, der Staat eben ſo wohl ein Intereſſe hat, jener ſubjektiven Rache Grenzen zu ſetzen, und ſo bald die rechtswidrige Handlung aus Gründen des Rechts beſtraft wird, er auch dieſes Strafrecht ſich ſelbſt zugleich als ſeine Pflicht ausſchließend vorbehalten muß. Darum iſt in allen dieſen Fällen der Beweis des Daſeyns der Bedingungen dieſer Straſloſigkeit von ſo großer materieller Bedeutung.

Von den in der Acht Befindlichen.

§. 73.

Indem wir nun bei der materiellen und politiſchen Verſchiedenheit der beiden Rechte, für die aus dem Römiſchen erwähnten Anwendungen vergebens Parallellen ſuchen würden, bleibt nur ein Fall übrig, der mit den Proſcriptionen verglichen werden kann, die Tödtung des Geächteten, welche, wenn ſie überhaupt rechtlich erlaubt iſt, an dieſer Stelle noch am eheſten mit einigem Schein genannt werden muß. Daß aber dieſe Tödtung weit beſchränkter iſt, als man annimmt, ſoll die nachfolgende Unterſuchung lehren, und es wird ſich dann zeigen, mit welchem Recht die Verfaſſer der Lehrbücher des Strafrechts allgemein unter den Perſonen, welche nicht Gegenſtand eines Verbrechens ſeyn können, Geächtete anführen, ſelbſt davon abgeſehen, daß in einer Darſtellung des jetzt anwendbaren Rechts dieſer Befugniß, wenn ſie wirklich früher ſo unbedingt ſtatt gefunden hätte, nicht mehr gedacht werden ſollte.[252])

Es liegt nicht in meinem Plane, eine ausführliche Erörterung über eine Lehre mitzutheilen, die, ſo weit wir der-

252) S. unten Note 265 ꝛc. u. neuerlich auch gegen die frühere Darſtellungsweiſe z. B. Meiſter. Princip. jur. crim. Goetting 1828. §. 127.

selben für den Gegenstand dieser Abhandlung bedürfen, keineswegs unbekannt ist; aber es darf allerdings auffallen, daß man von dem was Geschichtschreiber, und die Kenner des deutschen Rechts, uns zugänglich gemacht haben, von Seiten der Criminalisten so selten gehörigen Gebrauch gemacht findet. Schon, wenn man sich nur an die nächsten Quellen des gemeinen Strafrechts hält, bietet sich, mittelst Vergleichung der Bamberger und der P. G. O. Carl's V. Veranlassung dar, über die Zulässigkeit der Tödtung des Geächteten Zweifel aufzustellen.

Wir bemerken hierüber nur das Erheblichste, um eine Grundlage für die Betrachtung des spätern Rechts zu gewinnen.

Schon in früher Zeit kommt ein Königsbann oder eine Acht vor, als Strafe ungehorsamer Weigerung eines Beklagten vor Gericht zu erscheinen oder dem Urtheil sich zu unterwerfen.[253]) Wenn diese auch vielleicht in bürgerlichen Klagen statt fand, so ist doch ihre wichtigste, und später, die einzige Anwendung in Strafsachen, und nach

253) Lex Salic. Tit. LIX. Cap. 1. „Si quis ad mallum venire despexerit, aut quod ei a Rachinburgiis fuerit judicatum complere noluerit, si nec de compositione, nec ad Aeneum, nec de ulla lege fidem facere voluerit, tunc ad Regis praesentiam ipse manire debet etc. Tunc cum ista omnia impleverit, qui admallat, et ille qui admallatur ad nullum placitum venerit, et pro lege se educere noluerit, tunc Rex ad quem mannitus est, extra sermonem ponet, et ita ille culpabilis et res suae erunt in fisco, aut eius cui fiscus dare voluerit, et quicunque ei panem dederit aut in hospitalitatem collegerit, sive sit uxor sua, aut proxima 15 sol. culpabilis judicetur, donec omnia secundum legem, ea quae illi injuncta sint, componat.“

dem Recht der Kapitularien nur bei Friedensbrüchen.[254]) Die Folge war Konfiskation des Vermögens, nach Befriedigung des Klägers, und Entziehung der ſonſt jedem zuſtehenden Rechte auf Gaſtfreundſchaft, deren Ausübung gegen den Geächteten unterſagt wurde, bis dieſer durch Erfüllung des ihm geſetzlich Obliegenden, wieder rechtsfähig wurde.[255]) Mehr Nachtheile hat er nicht verwirkt. Dieß ſteht in ganz natürlicher Verbindung mit dem, was früher über die urſprünglich einzige Gewalt, welcher der Freie rechtlich unterworfen werden konnte, bemerkt wurde. Wer das Geſetz und deſſen Frieden nicht achtete, ſchloß ſich ſelbſt von demſelben aus, und dieſes wurde dann auch als Urtheil ausgeſprochen. Denn an die Stelle des Volksfriedens iſt jetzt, wo der König herrſcht, der sermoregius getreten. Später noch, als ſchon königliche Beamte unter des Königs Bann Recht ſprachen, waren ſie doch nicht zu dem höchſten, dem Könige ausſchließend zuſtehenden Bann berechtigt, deſſen Buße 60 Solidi war.[256]) Letzterer betraf die Fälle, welche eine Fehde

254) S. darüber was Rogge a. a. O. §. 5. Note 32. gegen Eichhorn erinnert. — Capitul. C. M. lib. III. Cap. 49 ꝛc. — R. A. zu Regensburg 1654. §. 36. Projekt der perpetuirlichen Wahlkapitulation 1711. Append. Const. II. „So viel das bannum contumaciae belanget, iſt allen wohlerwogenen Umſtänden nach, vor gut erachtet, und dahin geſchloſſen worden, daß ſelbige, als ein aus vielen Conſiderationen unzulängliches Mittel gar abzuthun, und es in civilibus causis auch bei denen civilibus coërcendi et compellendi mediis bewenden zu laſſen.“

255) Lex Ripuar. Tit. LXXXVII. — Si quis hominem, qui forbannitus est, in domum recipere praesumpserit, si Ripuarius est sexaginta solidis, si regius, romanus, vel ecclesiasticus, triginta solidis culpabilis judicetur. Capitulare I. a. 809. C. 11.

256) Eichhorn a. a. O. Th. I. §. 158. 164. — Geächtete Vargi oder Wargi waren daher bei den Franken entweder im großen für das ganze Reich, oder im kleinen auf einen beſtimmten Gau geltenden Bann (Irbann, Meribann.)

veranlaßt haben würden, und andere, die diesen gleich schwer geachtet wurden. Das Gebot des Grafen, auf 12 Solidi beschränkt, war nur bei Friedensbrüchen, im Namen des Königs von gleicher Wirkung, als wenn es dieser selbst ausgesprochen hätte.[257]) Hieran schließen sich nun, bei dem gegenseitigen Verhältniß der kirchlichen und weltlichen Gewalt die Bestimmungen, daß das Beharren im Bann der einen (Exkommunikation) oder der andern (Acht) innerhalb bestimmter Zeit[258]) die andere zur nothwendigen Folge haben sollte. Rechtlosigkeit (in dem Sinne wie es die Quellen, namentlich das Sächsische Landrecht, nehmen, so daß also keineswegs eine in unserm neuen Sprachgebrauch vorkommende völlige Rechtsunfähigkeit statt findet, sondern gewisse mit der Freiheit wesentlich verbundene Rechte bestehen bleiben,) sollte aber eintreten unter andern, wenn Jemand Jahr und Tag in des Reiches Acht war.[259]) Dieß

257) Capit. lib. III. Cap. 50. — Ut Comes qui latronem in forbannum miserit, vicinis suis et aliis Comitibus notum faciat eundem latronem a se esse forbannitum, ut illi eum non recipiant." Eichhorn a. a. O. §. 207.

258) Schwäbisches Landrecht. Cap. 100. §. 3. — „Als der Mann sechs Wochen in der Achte ist, und eynen Tag, so soll der Richter sein gewisse botschafft dahin senden, czu dem geistlichen Richter, das er in ze Bann thu, also sol der geistlich Richter thun dem weltlichen Richter. Und als im die botschafft kommpt, so sol er in in die acht tun."

259) Sachsenspiegel Buch I. Art. 38. — „Die auch Jahr und Tag in der Reiches Acht sind, theilet man rechtlos und vertheilet ihnen Eigen und Lehen." — „Wer jahr und tag in des Reiches Acht ist, und ihm nach der jahrzahl vertheilt wirt, acht und recht, aus der acht mag er sich dennoch wohl ziehen, daß ihn mit der acht niemand sein Leib genemen mag, an sein Recht kann er aber nicht kommen, er streite dann ꝛc."

iſt dann die eigentliche Oberacht, welche die Quellen ſpäter allein Acht nennen, im Gegenſatze des Verhältniſſes deſſen, der gerichtlich verfeſtet iſt. Dieſer Nachtheil, der den ungehorſamen dreimal vergeblich vorgeladenen Verbrecher trifft, führt gleichfalls den Verluſt der Rechte der Hoſpitalität mit ſich, und ſein Gegner darf Hand an ihn legen, und ihn gewaltſam vor Gericht bringen. Wenn in ſolchem Fall aber Kampf und Tödtung vorkommt, ſo gründet ſich die Strafloſigkeit dieſer letzten nicht auf die Acht, welche theils den Verfeſteten nicht trifft, theils überhaupt noch nicht unmittelbar das Leben Preis giebt.[260]) Nur das Urtheil wird geſchärft, und geht an das Leben. Aber jeder kann ſich aus der Verfeſtung, wie aus der Acht herausziehen, durch Stellung vor Gericht, und hier iſt es, wo das ſichere Geleite ſeine eigentliche Bedeutung erhält, die es bei uns verloren hat.[261]) Bei dem Verfahren in den Vehmge-

---

260) Schwäbiſches Landrecht Cap. 154. „Wer eynen ächter oder friedbrecher vahen will unnd weret er ſich und ſchlüge man in czu tode, oder wundet man in, man wirdt dem richter nitt ſchuldig, noch ſeynm frewnden. Mag er in nitt geſundt vahen — unnd ſchlecht er in ze tode oder wundet er in. Er ſoll in doch czu gericht bringen, nnnd ſol der Richter über in richten, nach ſeynm ſchulde. Vgl. Cap. 152. 153. 155.

261) Schwäbiſches Landrecht Cap. 157. — §. 1. Wenn eyn Richter eynm in die ächt thut, unnd im von ſeyner ächt in des künigs ächte bringett. Unnd will er vor dem künig auß der ächte komen, ſo ſeczе er bürgen, als recht ſey, ſo ſol in der künig aus der ächte laſſen. §. 2. Und ſol darnach dem hoff folgen ſechs wochen unnd eynen tag. Ob jeman auff in klagen wölle, das er den nach recht antwurt, die weyl ſol im der künig frieden geben. §. 3. Er ſol auch für den künig geen ſo er von dannen will, unnd ſol auff zu den heyligen ſchwören daß er für den Richter kommen will, der in der verachtet hat.

richten kommt ein der Acht ähnliches, und diese sogar an Strenge überwiegendes Princip vor, indem durch Verfehmung, wenn sich der Verfehmte nicht rechtlich herauszog, er einem überwiesenen Verurtheilten gleich war; die Folge war dann, daß jeder Freischöppe das Urtheil an ihm zu vollziehen berechtigt war. Aber dieses ist dennoch nicht der Fall bei der Acht, der man gleichfalls die Wirkung beilegt, daß sie jeden berechtige, den darin befindlichen zu tödten; zwar hat sich diese Ansicht auch früher praktisch geltend gemacht, aber in der That ist zunächst die Strafloſigkeit dieser Tödtung nur eine mittelbare Folge des Ausschließens von dem allgemeinen Landfrieden; die Gewalt die einem jeden gegen den Geächteten frei stand, bezog sich unmittelbar nur auf Gestellung des Schuldigen vor Gericht, und alles andere war eine Folge des bei der Widersetzung etwa entstandenen Kampfes. Schwere Strafen sollten aber diejenigen treffen, welche Geächtete beherbergten, oder sonst unterstützten. [262]) So waren es denn auch häufig nur Schwerdtmagen (zur Rache Berechtigte) welche eine ungestrafte Tödtung an dem im Bann befindlichen und vogelfreien Mörder ihres Angehörigen verüben, und dafür dann eine Scheinbuße entrichten. [263]) Nimmt

262) Schwäb. Landrecht Cap. 155. 158. §. 1. „Wer den ächter beherberget oder speyset mit wissen und wirt er des überredt selb dritt man schlöcht im ab die hand. §. 2. Eynen yeglichen ächter mag eyn yeglicher mann wol behalten über nacht auch mit wissen und sol in des morgens lassen reyten. §. 3. Das ist gesetzet durch des mannes hauß, von hauß erm ist vil gutter Ding kommen."

263) Grimm a. a. O. P. 679. „Item, es ist ein landrecht, wer es, daß der schedlich mann verzalit were mit fäer und mit brant, so en mochten dan alle magen des doden, binnen achter fusterkinder, den misdudigen man slan, und slugen si inn doit, si möchten sich des erweren mit vier pfenning und mit dem wapen, domite si in slugen und sulen die pfenninge und die wapen legen off

man aber an, daß, von dieſem Falle abgeſehen, wo gar nicht das öffentliche Intereſſe geltend gemacht wird, bei dem höchſten Grade der Acht, die Hauptbeſtimmung ſtets die Bewirkung der Möglichkeit ſeyn ſollte, daß die ſpäter nach eigener Verfahren des Reichs-Kammergerichts ausgeſprochene Acht des Kaiſers, auch durch die öffentliche Macht vollzogen werde, folglich der Einzelne auch nicht mehr Recht und Pflicht hat, als jene Möglichkeit herbeizuführen, wenn ſich ihr hierzu Gelegenheit darbietet, ſo wird man zwar die Strafloſigkeit der in concretem Falle verübten Tödtung eines Geächteten zugeben müſſen, aber man kann nicht umgekehrt allgemein aus den zum Theil praktiſchen Formeln der ältern Achtſentenzen ſchließen, daß wirklich eine unbedingte Erlaubniß für jeden ertheilt ſey, wenn dieſes nicht zuweilen ausdrücklich geſchehen, wozu ſich bei gefährlichen Individuen [264]), der Schwäche der vollziehenden Gewalt im Innern, und den politiſchen Verhältniſſen in Deutſchland, beſonders vor dem Weſtphäliſchen Frieden, wohl Veranlaſſung finden konnte.

ſien broſt; hetten ſie der pfenninge nit, ſie mochten pfant daroff legen, die alſo gut vor weren und weren des quit, ledig und loes, als die ſunn offget und der vint wait und der regen ſpreit.“

264) Aechter ſoll daher heißen, der für einen Feind des Gemeinweſens erklärt iſt. — Acht declaratio pro hoste publico. S. das Vocab. in der Senkenberg-Königsthal. Ausgabe des Corpus Juris Germanici Voc. Acht, daſelbſt aber auch die andern Bedeutungen. Gloſſe zum Sachſenſpiegel Buch III. Art. 17. „Das erſte Jahr heißt ſie ſchlecht eine Acht, darum daß es das Reich erachten, das iſt darauf merkenn, oder erwegen ſoll, ob der geächte der That ſchuldig ſey oder nicht.“ — Schon dieſer Umſtand, und die ſtets geſtattete Erlaubniß ſich vor Gericht zu ſtellen, und zu reinigen, ſtehen im Widerſpruch mit der unbedingten Tödtungsbefugniß. Achts-Formeln ſiehe bei Grimm a. a. O. P. 40. 41. u. Bamb. G. O. Art. 241.

Gegen Mißbräuche der Acht-Erklärung zu politischen und eigennützigen Zwecken, z. B. Einziehung von Lehen ꝛc. suchten sich daher die Reichsstände bei den Wahlkapitulatio- zu sichern, und überhaupt die Befugniß des Kaisers auch in dieser Rücksicht einzuschränken. [265]) Aber schon weit früher war die Tödtungsbefugniß als mit den übrigen Grundsätzen des Rechts wie es insbesondere die Praxis vor der P. G. O. feststellt, unverträglich, nicht eine allgemeine; die Bambergensis Art. 175. nennt zwar unter den Fällen strafloser Tödtung „soyemant einen Echter entleybet, aber auch hier ist der später zu betrachtende Schluß des Art. der Beschränkungen angiebt, nicht zu übersehen, auch gestattet Art. 180. selbst dem, der sich bereits in der Mordacht befindet, die Ausführung seiner Entschuldigung und sichert ihn also gegen jeden fremden Angriff, und der entsprechende Art. 155. der P. G. O. bemerkt schon bei der Mord-Acht — daß sie nur „an etlichen Orten“ gewöhnlich sey — übrigens mit gleicher Ausschließung jeden Frevels an dem Aechter, und in dem Art. 150. ist bei Aufzählung der, unter gewisser Voraussetzung entschuldbaren Tödtungen, der Geächtete nicht

265) Eichhorn a. a. O. Th. IV. §. 475. vgl. mit §. 477. 526. 594. Auch in der Erklärung des Nürnberger Landfriedens v. J. 1522. §. XXIV. ist verordnet, daß Aechter der Obrigkeit zur Beurtheilung und Bestrafung überantwortet werden sollen: „Wenn die Thäter erklärte Aechter — in Nacheyl oder sonst niedergeworfen würden, wie die der Obrigkeit darin sie betreten überantwortet und daselbst gerechtfertigt sollen werden.“ Eben so bestimmt der R. Tags-Abschied zu Regensburg v. J. 1567. §. 66. — Daß alle Fürsten und Stände ꝛc. — „den Aechtern — bestes Fleißes, so viel ihnen möglich nachtrachten sollen, und wo deren einer oder mehre zur Haft und Gefängniß gebracht, daß derselbe in wohlverwahrten gefänglichen Banden gehalten, dasselbig alsbald Uns (dem Kaiser) kund thun, und Unserer fernern Verordnung darunter erwarten sollen.“ Also von einer unbedingten, und jedem gestatteten Tödtungsbefugniß, kommt hier und in allen spätern Gesetzen, auch lange vorher, nichts mehr vor.

genannt, und gewiß nicht aus einem bloßen Verſehen. Ohnedem konnte bei Handlungen, die nach den Grundſätzen des Strafrechts beurtheilt wurden, das Bedürfniß zu einer Achtserklärung nicht mehr vorkommen, und war daher überhaupt dieſe mehr bei politiſchen Vergehen und in ſtaatsrechtlichen Verhältniſſen üblich, gerade hier aber wieder in jeder andern Hinſicht bedeutender, als in der, welche uns beſchäftigte. Wie nun in letztérer Anwendung der Beſchränkungen immer mehr wurden, und endlich die Acht gar nicht mehr vorkam,[266]) ſo fiel ſie in dem eigentlichen Strafrecht hinweg, und es iſt ohne allen Grund, wenn man dieſelbe noch ſo ernſthaft erwähnt, als könnte ſie ſich jeden Tag ereignen.[267])

Von den Heeresflüchtigen.

§. 74.

Noch könnte unter dieſem Hauptgeſichtspunkt einer durch das allgemeine Intereſſe gerechtfertigten Tödtung einigermaßen der Fall gerechnet werden, wenn ein Heeresflüchtiger von ſeinen Genoſſen entleibt wird, wie bei der Angabe der Römiſchen Grundſätze daſſelbe in Anſehung des Ausreißers

---

266) „Seit der Achtserklärung gegen die Churfürſten von Köln und Baiern (im J. 1706.) kam kein Beiſpiel derſelben wieder vor.“ Eichhorn a. a. O. Th. IV. §. 594. Die Abſicht des Wiener Hofes, Friedrich II., wegen Landfriedensbruches auf dem Reichstage in die Acht erklären zu laſſen, wurde vereitelt, indem die evangeliſchen Stände auf ſtrenger Beobachtung der feſtgeſetzten Formen beſtanden. §. 600. a. a. O. Gerſtlacher Handbuch der W. Reichsgeſetze. Bd. XI. S. 2945 ꝛc.

267) Mehrere Beiträge zur richtigen Würdigung der Acht, deren vollſtändige Darſtellung hier nicht geliefert werden ſollte, ſ. bei Henke Grundriß einer Geſchichte des deutſchen peinl. Rechts. Th. I. S. 198. — Pfeffinger Vitriarius illustrat. lib. III. Tit. 4. §. 8 ꝛc. Mauter a. a. O. S. 39. 55. 217.

bemerkt worden ist. Allein, wie verächtlich auch den alten Germanen Feigheit vor dem Feinde war [268]) so ist doch die eigentliche durch Gesetze ertheilte Befugniß der Tödtung, im Zusammenhang mit einer eignen militairischen Gesetzgebung spätern Ursprungs, und wird daher erst bei der Uebersicht des praktischen, auf jenen verschiedenen historischen Gründen beruhenden Rechts zu erwähnen seyn. Denn die zuweilen durch gewisse Voraussetzungen gerechtfertigte Tödtung des fugax oder fugitivus bedeutet etwas ganz anderes. [269])

IV. Von der aus dem Gewaltverhältniß entspringenden Tödtungsbefugniß.

Deren Betrachtung im Allgemeinen.

§. 75.

Der Gang der Untersuchung führt uns weiter zu den Tödtungen die durch Gewaltverhältnisse gerechtfertigt werden. Die Erscheinung ist derjenigen ähnlich, die im Römischen Recht vorkommt; aber verschieden sind die Gründe, die abzuleitenden Verhältnisse, zum Theil die Anwendungen selbst. Die Strenge der Gewalt- und Abhängigkeits-Verhältnisse des Römischen Rechts sind dem Germanischen fremd; selbst die Römer erkennen an, daß ihre potestas über Kinder etwas so eigenthümliches sey, wie man es bei keinem andern Volke finde. [270]) Das Recht des Mannes

---

268) Tacit. de mor. Germ. 12. — Proditores et transfugas arboribus suspendunt: ignavos et imbelles, corpore infames, coeno ac palude injecta insuper crate mergunt.

269) Lex Burgund. Tit. VI. Leg. Rothar. L. 269.

270) Gaii Inst. Com. I. §. 55. — fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus — nec me praeterit Galatarum gentem crede-

über die Frau, welches als Mundium bezeichnet wird, iſt von der manus verſchieden, und der Knecht nicht in demſelben juriſtiſchen Verhältniß wie der Römiſche servus. Wichtiger aber ſcheint mir die Rückſicht auf die den Römiſchen und den einheimiſchen Sitten und darauf begründeten Inſtituten zur Seite ſtehenden Umſtände. Wir gedachten oben der Römiſchen Gewaltsrechte auch über Leben und Tod, welche, wie das domesticum imperium auch in einer Zeit ſtatt finden, wo bereits regelmäßig die Tödtung durch Strafgeſetze verpönt iſt, wo ein öffentliches Strafrecht beſteht, welches durch dieſe beſondere Befugniſſe und beziehungsweiſe — Ausnahmen, theils beſchränkt, theils unterſtützt wird. Nicht ſo tritt uns das urſprüngliche Verhältniß bei den deutſchen Völkern entgegen. Indem das Princip der Germaniſchen Freiheit und der Wehrhaftigkeit der Mittelpunkt alles Rechts und der Forderung einer Anerkennung deſſelben iſt, und in dieſem Charakter das öffentliche Recht, von dem perſönlichen nicht geſondert erſcheint, findet, wie in der Einleitung gezeigt iſt, urſprünglich kein Strafrecht ſtatt, ſondern die Privatrache des Verletzten, oder der Freunde, und dieſe allein, als Freie, und der Fehde Fähige, mögen letztere gegen Compoſition aufgeben, und einen Anſpruch auf Wehrgeld machen. Die Tödtung iſt überhaupt, an wem ſie auch begangen werde, nicht ein Verbrechen in dem Sinne, daß ſie mit einer nothwendigen Folge der Wiederaufhebung des Unrechts als ſolcher durch Strafe begleitet wurde, ſondern ſie nöthigt nur dem Gewaltthätigen, ſich dem Kampf und Verfolgungen zu unterwerfen, oder die, welche dazu berechtigt ſind, zu ſühnen. Wer aber ſoll gegen den Herrn kämpfen, der ſeinen Knecht tödtet? Wer kann außer ihm ſelbſt ein Wehrgeld fordern? Der Unfreie hat aber, als nicht ſelbſtſtändig berechtigt, kein Wehrgeld.[271]) Tödtet

re in potestate parentum liberos esse. §. 2. I. de his qui sui etc.

271) Nur der Freie trägt Waffen. Der Knecht nur

ihn ein Fremder, so ist er dem Herrn eine festgesetzte Entschädigung schuldig, aber auch diese beruht auf andern Gründen, als die, welche im Römischen Recht, wegen der zerstörten Sache — das ist der getödtete Sklave — mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetze gefordert werden kann. Wer kann, wenn der Vater sein Kind tödtet, oder aussetzt, den einzig möglichen Weg, wie überhaupt solche Handlung gerügt wird, die Fehde gegen ihn beginnen, der, wenn nicht hierin ein Widerspruch, und eben darin auch die juristische Unmöglichkeit läge der nächste zur Fehde und zur Forderung des Wehrgeldes berechtigt wäre?[272]) Bei der Ehefrau tritt jenes

---

als Waffenträger des Herrn, aber nicht als eigne, was ihn, wenn er es wagt, strafwürdig macht. Daher erhält der freigelassene Waffen. Daher ist auch das Wehrgeld der verschiedenen Stände höher oder geringer, z. B. des Edeln, gegenüber dem blos Freien, nach seinem stärkern Fehderecht; dieses aber und damit überhaupt Wehrgeld ist bei dem Knecht nicht vorhanden, und während der Herr des Getödteten von dem Fremden dessen Werth ersetzt fordert, haben die Verwandten des Knechts keine Ansprüche, und können rechtlich keine haben. Rogge a. a. O. §. 3. Grimm a. a. O. P. 287. 340. 342. Vgl. auch Kolderup-Rosenvinge a. a. O. §. 15. Die gesetzliche Bestimmung eines gewissen Wehrgeldes, welches für den getödteten Knecht dem Herrn entrichtet werden muß, darf nicht als ein Gegengrund angeführt werden, auch wegen der unbefugten Tödtung gewisser Hausthiere ist oft eine gesetzliche Schätzung, und hierin liegt der Unterschied von dem in der Lex Aquilia aufgestellten Princip der Werthberechnung, welches in dem damals bereits mehr ausgebildeten privatrechtlichen System der Römer, man möchte sagen in staatswirthschaftlichen Rücksichten, gegründet ist.

272) Das Recht Wehrgeld zu fordern, oder die Pflicht Rache wegen der Tödtung zu üben, und folgeweise jenes Recht gehet parallell mit dem Erbrecht. Das Familienprincip und die Sippschaft, wie sie die Wehr und Rache zur Pflicht gegen Fremde machen, schließen diese innerhalb des Familienverbandes aus, daher auch unter ihnen kein Zweikampf statt findet, in Fällen, wo dieser gegen andere zulässig war. Die Grenze be-

Hinderniß nicht ein, und hier ſteht denn auch die Sache etwas anders. Mir ſcheint daher angenommen werden zu müſſen, daß dieſe Tödtungsbefugniſſe, in unmittelbaren und nothwendigen innern und äußern Zuſammenhang mit dem alten Princip der Freiheit, Fehde und des Wehrgeldes ſtehen, und daß dieſe Inſtitute, nicht nebeneinander vorkommende, ihrem Princip nach verſchiedene ſind, ſondern ſich als Folgen des erwähnten Freiheitsprincips ergeben mußten, und aus dieſem, nicht ſelbſtſtändig, wie es im Römiſchen Recht geſchieht, aus der eigentlichen Strenge der potestas, ſind dieſe Befugniſſe abzuleiten. Bei den Römern bedurfte es daher ſelbſtſtändiger Beſchränkungen, welche die Sitte und das Geſetz allmählig herbeiführten; im Germaniſchen Rechte tritt die Beſchränkung im Ganzen mehr zugleich mit der des Hauptprincips und der Privatrache ein, von der Zeit an, wo die Tödtung überhaupt als ein Verbrechen betrachtet wird, deſſen Ahndung nicht mehr lediglich dem ſubjektiven Intereſſe anheimfallen ſoll.

Insbeſondere.

1) Ueber Unfreie.

§. 76.

Wir wenden uns nun zur Betrachtung der einzelnen Anwendungen.

Die frühere Unfreiheit iſt zwar ſtrenge, aber ſehr bald erhält ſie einen mildern Charakter, der die ſpätere Leibeigenſchaft von der Sklaverei auszeichnet; auch ſind dem einhei-

---

ſtimmt das Schwäb. L. R. Cap. 171. §. 10 — 12. nachdem ſie früher der ſiebente Grad der Sippſchaft war, auf die fünfte Sippe, indem nach der Erlaubniß über dieſe zu heirathen, von Seiten der Päbſte auch die Könige erlaubten, „zu kämpfen mit dem, der ihm geſippt iſt über die fünfte Sippe.“

miſchen Rechte Unterſchiede unter den Unfreien ſelbſt bekannt, ſo daß nun ausnahmsweiſe auch bei dieſen ein Wehrgeld vorkommt.[273]) Aber dennoch ſteht das Leben des Knechts in der Gewalt ſeines Herrn, und es ſind wohl andere, als juriſtiſche Gründe, welche ihm in manchen Fällen mehr Schutz gewähren, als in frühern Zeiten der servus der Römer genoß. Früh ſchon enthalten ſelbſt die Geſetze, welche keine oder nur wenige Todesſtrafen anordnen, die Beſtimmung derſelben gegen Unfreie, und eben ſo konnte der Herr ſelbſt ſie ſtatt ad supplicia tradere, am Leben ſtrafen, oder dem durch ſie Verletzten hingeben, woraus gleichfalls ſein Recht ſich ergiebt, ſelbſt Rache zu nehmen, ohne daß dieſes auf die Vorausſetzung eines von dem Knecht begangenen Unrechts beſchränkt war. Weigert ſich der Herr ſeinen eines Verbrechens ſchuldigen Eignen zur Strafe auszuantworten, ſo macht er ſich ſelbſt, der Entſchädigung halber, verantwortlich.[274]) Nach dem Zeugniß von Tacitus[274b]) waren aber die Fälle, wo Herrn von ſolcher Befugniß, ihren Knecht zu tödten, willkührlichen Gebrauch machten, ſelten, und man darf überhaupt aus der frühern Sitte, im Gegenſatz zu den Mißbräuchen bei den Römern, die zum Theil auch aus politiſchen Gründen, und der Schlechtigkeit der meiſten Sklaven erklärbar ſind, annehmen, daß dieſe Willkühr, wenn ſie nicht einen beſondern Veranlaſſungsgrund durch ein Verbrechen erhielt, auch immer ſelten war, wenn man nicht die äußerlichen, freilich auch bei den Römern vorkommenden Rückſichten

---

273) Eichhorn a. a. O. Th. I. §. 47. 48. Beſonders für die Liten beſtehen ſolche Ausnahmen, doch fiel das Wehrgeld wenigſtens zum Theil an den Herrn. L. Baiuv. Tit. IV. Lex Frision. Tit. I. Cap. 4.

274) Lex Salica Tit. XLIII. (XLII.) Lex Baiuv. Tit. II. Cap. V. §. 6.

274 b) De mor. Germ. Cap. 25. Verberare servum ac vinculis et opere coërcere, rarum: occidere solent non disciplina et severitate, sed impetu et ira, ut inimicum, nisi quod impune.

gelten laſſen will, daß der Herr ſich dadurch eines reellen Werthes beraubt, und daß er, da der Gegenſtand deſſelben als Menſch handlungsfähig iſt, auch wohl zu einer beſſern Behandlung deſſelben überhaupt veranlaßt werden mochte, obgleich gerade in jener Handlungsfähigkeit wieder die Gründe liegen welche die Rache oder den Unwillen des Herrn erwecken konnten. In der That iſt auch ſehr früh das Loos der Unfreien ein milderes, und wird es in der Folge immer mehr, je größer der Einfluß chriſtlicher Lehren auf die Sitten des Volkes und auf die Geſetzgebung wird.[275]) Unter den fränkiſchen Königen werden die Beſchränkungen beſtimmter ausgeſprochen: Der Herr ſoll, ohne durch ein

275) Capitul. Car. M. et Lud. Pii. Additio IV. Cap. 49. — „Si quis servum proprium sine conscientia judicis occiderit, excommunicatione vel poenitentia biennii reatum sanguinis emendabit.“ Aber auch die vielen andern Stellen welche die Tödtung im Allgemeinen, als unchriſtlich verwerfen und Pönitenz auferlegen, ſind hierher zu beziehen, z. B. Lex Baiuv. Tit. I. Cap. VII. §. 22. „Neque ingenuus neque servus, qui cum furto non deprehenditur ab judicibus aut a quocunque interfici non debet inauditus.“ §. 24. „Quicunque vero post hanc deliberationem quam cum Pontificibus vel tam magnis viris optimatibus nostris in synodali Consilio instituimus, temerare praesumpserit in ipsum capitali sententia iudicetur, qualiter alia non debeant similia perpetrare.“ Capitul. Reg. Franc. (Cap. I. a. 789. C. 65.) lib. III. Cap. 89. lib. VI. Cap. 375. — „Item ut homicidia infra patriam, sicut lege Domini interdictum est nec causa ultionis nec avaritiae nec latrocinando fiant. Et ubicunque inventa fuerint a judicibus nostris secundum legem ex nostro mandato vindicentur. Et non occidatur homo nisi lege jubente.“ — Capit. I. a. 802. Cap. 32. Capit. I. incerti anni Cap. 42. Capit. lib. VII. Cap. 143. Concil. Agathense. a. 506.

Verbrechen des Sklaven dazu Anlaß erhalten zu haben, denselben nicht mehr, überhaupt nicht ohne gerichtliches Verfahren tödten dürfen,[276]) so daß die absichtliche Tödtung nicht nur des unschuldigen, sondern selbst des verbrecherischen Knechtes strafbar ist, wenn sie nicht in gesetzlicher Weise erfolgte. Auch Mißbrauch des Züchtigungs-Rechts begründet Strafe, wenn dasselbe den unmittelbaren Tod des Eignen zur Folge hatte.[277]) Dem Rechte der ältern Stämme schließt sich dann begreiflicherweise das spätere an:[278]) und wenn auch die in spätern Rechtsbüchern wiederholten Einschärfungen des Verbots der Tödtung des Unfreien[279]) —

276) Lex Wisigothor. lib. VI. Tit. V. §. 12. und die vorhergehende Note.

277) Capit. lib. VI. Cap. 11. „Qui percusserit servum suum vel ancillam lapide vel virga et mortuus fuerit in manibus eius, reus erit. Si autem uno die supervixerit vel duobus, non subjacebit poenae, quia pecunia eius est.“

278) S. die Note 276. ang. Stelle. Sklaven, welche an einem andern Sklaven desselben Herrn eine Tödtung verübten, sind der Willkühr des Herrn überlassen, wenn sie aber einen fremden Sklaven tödten, sollen sie dem Herrn desselben übergeben werden. Ueber den Mißbrauch beschwert sich dieses Gesetz, im Eingange. Vgl. noch den Sachsenspiegel Buch III. Art. 45. und die Glosse zu Buch III. Art. 40. mit dem Schwäbischen Landrecht Cap. 69. §. 2. (Eichhorn a. a. O. Th. II. §. 339.) „Wer synen eygen Knecht zu tod schlecht on schuld unnd on gericht, das er in mit grossen Recht Got sol gelten, und dem Richter büßen, ob man im beklaget vor eynem Richter man nymmet in billich seinen leib darumb dann ob er ein fraven shlug.“ Cap. 402. §. 13. setzt ihm aber nur Scheinbuße.

279) Grimm a. a. O. P. 344. woselbst auch über den frühern Gebrauch, Unfreie, nehmlich Kriegsgefangene, Uebelthäter, und in Ermangelung dieser auch selbst einheimische Knechte zum heidnischen Opfer zu verwenden, gesprochen wird. Kriegsgefangene konnten wie in der Schlacht, so auch später getödtet wer-

(deſſen Lage ohnedem ſpäter immer mehr von eigentlicher Sklaverei ſich unterſchied) der Vermuthung Raum geben, daß jene Strafgeſetze gegen ſolche Tödtung eben ſo oft übertreten, als ſelten in Anwendung gebracht ſeyn mögen, ſo iſt darin doch das Princip der Verwerflichkeit dieſer Handlung anerkannt, und hat ſich ſpäter beſtimmte Anerkennung auch während des Beſtehens der eigentlichen Knechtſchaft verſchafft, wie denn natürlich mit dem Aufhören derſelben auch keine Spur mehr davon übrig bleiben konnte.

2) Ueber freie Familienglieder.

a) Ueber die Ehefrau.

§. 77.

Eine Befugniß über Leben und Tod der Familienglieder ſtand auch dem Haupt zu, deren Zuſammenhang mit dem Rechte früherer Zeit bereits nachgewieſen iſt. Insbeſondere hat der Ehemann im Verhältniß zur Frau, die in ſeinem Mundium ſteht, nicht nur das Recht häuslicher Zucht, ſondern auch des Verkaufs,[283]) und ſelbſt der

---

den, die erhaltenen wurden unfrei. Doch fand auch hier allmählig eine Milderung ſtatt. Vgl. Lex Fris. Tit. V. Addit. Sapient. Tit. XII.

280) Auch ſtatt Zahlung konnten Frauen, wie Kinder, von dem aller andern Mittel beraubten Manne dem Gläubiger hingegeben werden, was eben eine Folge des Verkaufsrechts iſt, welches wieder aus dem Kaufe der Frau (coemptio) abgeleitet wird. Grimm a. a. O. So erzählt Tac. Annal. IV. 72. Die Frieſen, unfähig den Tribut an die Sieger zu entrichten, „primo boves ipsos, mox agros, postrema corpora conjugum aut liberorum servitio tradebant.“ Und L. Baiuv. Tit. I. Cap. XI. §. 1. ſpricht von dem, der Wehrgeld auf andere Weiſe nicht zu leiſten vermag — „Et si non habet tantam pecuniam, se ipsum et uxorem et filios tradat ad Ecclesiam illam in servitium usque dum

Verbrechen des Sklaven dazu Anlaß erhalten zu haben, denselben nicht mehr, überhaupt nicht ohne gerichtliches Verfahren tödten dürfen,[276]) so daß die absichtliche Tödtung nicht nur des unschuldigen, sondern selbst des verbrecherischen Knechtes strafbar ist, wenn sie nicht in gesetzlicher Weise erfolgte. Auch Mißbrauch des Züchtigungs-Rechts begründet Strafe, wenn dasselbe den unmittelbaren Tod des Eignen zur Folge hatte.[277]) Dem Rechte der ältern Stämme schließt sich dann begreiflicherweise das spätere an:[278]) und wenn auch die in spätern Rechtsbüchern wiederholten Einschärfungen des Verbots der Tödtung des Unfreien[279]) —

276) Lex Wisigothor. lib. VI. Tit. V. §. 12. und die vorhergehende Note.

277) Capit. lib. VI. Cap. 11. „Qui percusserit servum suum vel ancillam lapide vel virga et mortuus fuerit in manibus eius, reus erit. Si autem uno die supervixerit vel duobus, non subjacebit poenae, quia pecunia eius est.“

278) S. die Note 276. ang. Stelle. Sklaven, welche an einem andern Sklaven desselben Herrn eine Tödtung verübten, sind der Willkühr des Herrn überlassen, wenn sie aber einen fremden Sklaven tödten, sollen sie dem Herrn desselben übergeben werden. Ueber den Mißbrauch beschwert sich dieses Gesetz, im Eingange. Vgl. noch den Sachsenspiegel Buch III. Art. 45. und die Glosse zu Buch III. Art. 40. mit dem Schwäbischen Landrecht Cap. 69. §. 2. (Eichhorn a. a. O. Th. II. §. 339.) „Wer synen eygen Knecht zu tod schlecht on schuld unnd on gericht, das er in mit grossen Recht Got sol gelten, und dem Richter büßen, ob man im beklaget vor eynem Richter man nymmet in billich seinen leib darumb dann ob er ein fraven shlug.“ Cap. 402. §. 13. setzt ihm aber nur Scheinbuße.

279) Grimm a. a. O. P. 344. woselbst auch über den frühern Gebrauch, Unfreie, nehmlich Kriegsgefangene, Uebelthäter, und in Ermangelung dieser auch selbst einheimische Knechte zum heidnischen Opfer zu verwenden, gesprochen wird. Kriegsgefangene konnten wie in der Schlacht, so auch später getödtet wer-

(deſſen Lage ohnedem ſpäter immer mehr von eigentlicher Sklaverei ſich unterſchied) der Vermuthung Raum geben, daß jene Strafgeſetze gegen ſolche Tödtung eben ſo oft übertreten, als ſelten in Anwendung gebracht ſeyn mögen, ſo iſt darin doch das Princip der Verwerflichkeit dieſer Handlung anerkannt, und hat ſich ſpäter beſtimmte Anerkennung auch während des Beſtehens der eigentlichen Knechtſchaft verſchafft, wie denn natürlich mit dem Aufhören derſelben auch keine Spur mehr davon übrig bleiben konnte.

2) Ueber freie Familienglieder.

a) Ueber die Ehefrau.

§. 77.

Eine Befugniß über Leben und Tod der Familienglieder ſtand auch dem Haupt zu, deren Zuſammenhang mit dem Rechte früherer Zeit bereits nachgewieſen iſt. Insbeſondere hat der Ehemann im Verhältniß zur Frau, die in ſeinem Mundium ſteht, nicht nur das Recht häuslicher Zucht, ſondern auch des Verkaufs,[283]) und ſelbſt der

---

den, die erhaltenen wurden unfrei. Doch fand auch hier allmählig eine Milderung ſtatt. Vgl. Lex Fris. Tit. V. Addit. Sapient. Tit. XII.

280) Auch ſtatt Zahlung konnten Frauen, wie Kinder, von dem aller andern Mittel beraubten Manne dem Gläubiger hingegeben werden, was eben eine Folge des Verkaufsrechts iſt, welches wieder aus dem Kaufe der Frau (coemptio) abgeleitet wird. Grimm a. a. O. So erzählt Tac. Annal. IV. 72. Die Frieſen, unfähig den Tribut an die Sieger zu entrichten, „primo boves ipsos, mox agros, postrema corpora conjugum aut liberorum servitio tradebant.“ Und L. Baiuv. Tit. I. Cap. XI. §. 1. ſpricht von dem, der Wehrgeld auf andere Weiſe nicht zu leiſten vermag — „Et si non habet tantam pecuniam, se ipsum et uxorem et filios tradat ad Ecclesiam illam in servitium usque dum

Tödtung aber, wie die Aussetzung, welche oft vorkam, stand nur dem Vater als solchem zu, wurde aber gemildert, durch die Begrenzung, daß das Kind noch nicht Nahrung (Milch oder Honig) genossen haben dürfe, und es wurde wohl dadurch von der Mutter ein Kind gerettet, wenn der Vater dessen Tödtung befahl, daß sie demselben Nahrung gab, oder wenigstens eine Spur, daß es geschehen sey, den zur Ausführung des Befehls gesendeten Personen vorzeigte.[285]) Indeß wurde bei schon herangewachsenen Kindern, nicht nur Aussetzung und Verkauf, sondern selbst Tödtung gerechtfertigt, wenn diese in drückender Armuth oder Hungersnoth geschah,[286]) wie auch in der spätern Römischen Gesetzgebung der Verkauf der sanguinolenti unter dieser Voraussetzung gestattet ist. Der Mutter aber, darf man wohl annehmen, war diese Tödtung ihres Kindes nicht gestattet, denn ein solcher Eingriff in die Rechte des Mannes und Vaters wäre nicht zu erklären, und wenn sich keine frühere Gesetze gegen das Verbrechen des eigentlich sogenannten Kindermordes finden, so ist der Grund davon nach dem Bisherigen einleuchtend genug. Die Bestimmung aus dem Friesenrechte,[287]) welches unter denen, die ohne Wehrgeld getödtet werden dürfen, auch anführt:

„infans ab utero sublatus, et enecatus a matre“

kann man wohl nicht zum Beweise des Gegentheils anführen. Man müßte schon aus Erwähnung des speciellen Falles annehmen, daß hier eine Ausnahme verfügt, und eben dadurch

---

285) Ein merkwürdiges Beispiel für die altfriesischen Sitten theilt in Zusammenstellung verschiedener Relationen mit, Grimm a. a. O. P. 458.

286) Grimm a. a. O. P. 460. Kolderup-Rosenvinge a. a. O. §. 19. Derselbe Grund kommt neben andern bei der erlaubten Tödtung der Greise vor. S. §. 83.

287) Lex Frision. Tit. V. de hominibus qui sine compositione occidi possunt.

die Regel, daß die Mutter zur Tödtung nicht befugt ſey, beſtätigt werde, und würde den Worten Zwang anthun, wenn man daraus die allgemeine Regel der Straſloſigkeit dieſer Handlung ableiten wollte.[288]) Aber das Geſetz giebt ſelbſt, in der Erwähnung der Umſtände, unter denen das Kind umkam, dieſe als Vorausſetzung einer ausnahmsweiſen Straſloſigkeit an, daß es nehmlich im Moment der Geburt von der Mutter, die entweder ihrer Beſinnung beraubt, oder ſonſt fahrläßig ſich benahm, getödtet wurde,[289]) keineswegs aber daß ihr überhaupt ein Recht zur Tödtung zugeſchrieben wird; Compoſition ſoll nicht ſtatt finden, und konnte nicht vorkommen, da ſie dem Mann entrichtet werden mußte, aber vielleicht ſchließt auch ſelbſt dieſe Stelle nicht das Strafrecht des Mannes aus, wenn er an der Frau dabei eine Schuld fand, oder wenn dieſes häusliche Strafrecht die Regel ausmacht, ſo iſt hier eben für den Fall, wo die Frau entſchuldbar war, eine Ausnahme beſtimmt. Ein ausdrückliches Strafgeſetz enthält das Weſtgothiſche Rechtsbuch, welches ſowohl die Mutter, als den Vater, wegen verübter Kinder-Tödtung der Todesſtrafe, oder mindeſtens dem Verluſt der Augen, unterwirft.[290]) Aber ſchon früher hatte die Kirche auf ſolche

288) Dieſes iſt die Anſicht von Spangenberg a. a. O. S. 5.

289) Dieſe Erklärung von Grimm a. a. O. S. 742. ſcheint mir alle Zweifel zu löſen, und ganz ungezwungen. Ohne die Vorausſetzung eines ſpeciellen Entſchuldigungsgrundes, ſcheint mir der Zweifel nicht beſeitigt zu werden, denn in jedem andern Falle der Tödtung durch die Mutter konnte doch der Vater von ihr keine Compoſition fordern, aber vielleicht wurde dieſe Beſtimmung praktiſch, wenn das Kind ein posthumus war, und ein Magen deſſelben die Rechte gegen die Mutter ausüben wollte.

290) L. Wisigothor. lib. VI. Tit. III. Cap. 7. „Nihil est eorum pravitate deterius, qui pietatis immemores, filiorum suorum necatores existunt. Quorum quia vitium per provin-

unserm Rechte eigenthümlich. Es wird zur Erleichterung der Vergleichung dienen, wenn mit jenen, in der oben befolgten Ordnung begonnen, dann zu diesen übergegangen wird.

1) Dem Römischen Rechte vergleichbare Fälle.

a) Der zahlungsunfähige Schuldner.

§. 81.

Daß der zahlungsunfähige Schuldner zuweilen dem Gläubiger mit seiner Person verfiel, und ein der Römischen Schuldknechtschaft ähnliches Verhältniß auf diese Weise entstehen konnte, ist gelegentlich bemerkt worden. Dieser Fall konnte besonders bei der Unfähigkeit das schuldige Wehrgeld zu entrichten, eintreten.[293]) Aber nicht stets trat gleiche Strenge ein, oft wurde der Schuldner nur dem Gläubiger übergeben, um seine Schuld durch Arbeit abzuverdienen,[294]) wobei aber eine Züchtigung und überhaupt eine harte Behandlung des Ergebenen besonders zu dem Zwecke gestattet war, die Verwandten zu bewegen, ihn loszukaufen, wie eine ähnliche Rücksicht unserm praktischen Recht

293) L. Rurgund. Tit. XIX. Cap. 7. „Si is qui fidejussorem dedit, non habuerit unde solvat, ipsum fidejussor ad se absolvendum tradat, et a fidejussore aliud non requiratur.“ Vgl. oben §. 55 ꝛc.

294) L. Baiuv. Tit. II. §. 1. Sachsenspiegel Buch III. Art. 39. . . . „Wer da Schuld fordert vor Gericht auf einen Mann, der nicht gelten mag, noch Bürgen setzen, der Richter sol ihm den Mann antworten für das Gelt, den sol er halten gleich seinem eingesinde, mit speise und mit arbeit. Wil er jn denn spannen mit einer halden, oder mit einem fesser, das mag er thun, und anders sol er jn aber nicht peinigen.“ Formul. Bignon. 26. (Bouquet S. 845.)

bei der Schuldhaft nicht unbekannt iſt, ſo wie auch nach älterem und dem neueſten Rechte darin eine Milderung der Strenge liegt, daß der Gläubiger (gleich dem Römiſchen Rechte) für den nothdürftigen Unterhalt des Schuldners ſorgen muß, und ſich alſo, wenn die Maaßregel überhaupt vergeblich ſchien, durch Entlaſſung des Gefangenen von einer unnützen Laſt zu befreien ſuchte. Der treuloſe Schuldner verfiel aber, ſelbſt ohne vorherige, in früherer Zeit übliche, Verabredung [295]) als Knecht dem Gläubiger zu Hand und Halfter. Daß dieſer aber mehr zu thun berechtigt war, daß er ihn insbeſondere habe tödten dürfen, ſagt kein älteres Geſetz, und ſpätere Weisthümer, die ſolches, jedoch nicht für ihre Zeit, ſondern als etwas Uraltes, Sagenhaftes, erwähnen, können dafür auch nicht zum Beweiſe dienen. [296]) Darin liegt allerdings, wie Grimm überzeugend darthut, gegenüber den Römiſchen alten, in ſich geſchloßenen Grundſätzen, eine Unvollſtändigkeit, und dieſer gelehrte Forſcher will daher auf den Grund uralter Sagen der Germaniſchen Völker, die mit dem Römiſchen im Reſultate übereinſtimmen, ohne aus dieſer Quelle abgeleitet werden zu können, ein Tödtungs-Recht für Gläubiger der älteſten Zeit, vor Abfaſſung der Volksrechte vindiciren. [297]) Dieſe Sagen lehren, verſchieden von dem Römiſchen Rechte, wonach nur mehrere Gläubiger die Befugniß haben, den ihnen verpflichteten Schuldner zu zer-

---

295) Marculf. Mon. Formul. II. 15. 18. Append. 16. Vgl. Formul. Sirmond. 10. (Bouquet P. 326) 44. (P. 537.) Formul. Lindenbrog. 136. (Bouquet S. 559.)

296) Grimm a. a. O. S. 618. vgl. mit 516. 519. 690. erwähnt dieſes bei Gelegenheit anderer grauſamer Strafen, unter die das Fleiſchneiden vom inſolventen Schuldner, und das im Stücke Hauen deſſelben gezogen werden kann; mit der Bemerkung, daß die Strafe nie vollſtreckt wurde, ſondern nur Rechtsſage war. S. 682. 690.

297) a. a. O. S. 615 ꝛc.

ſtückeln, und ſo daß ein Schneiden von Mehr oder Minder als den ihm gebührenden Antheil, dem Einzelnen unſchädlich, und ohne Gefährde ſeyn ſollte, (sine fraude) daß ſchon der Einzelne, aber nur auf den Grund vorheriger Verabredung, einen beſtimmten Theil von dem Körper des Schuldners abzuſchneiden, Erlaubniß erhalten habe. Aber zwei unter einander in Nebenumſtänden verſchiedene Sagen kommen darin überein, daß der Gläubiger (wie bei Shakespeare) ein Jude iſt, deſſen empörende Grauſamkeit dadurch vereitelt wird, daß gerichtlich dieſem die Todesſtrafe angekündigt wird, wenn er mehr oder weniger ſchneide als ſtipulirt iſt, wie bei dem Kaufmann von Venedig, wenn er dabei Blut, als welches nicht ſtipulirt ſey, vergöße. Eine ſolche Sage, beſonders gegen Juden, iſt dem Geiſt des Mittelalters angemeſſen, aber eben ihre Beſchränkung und ihr nothwendiges, das angebliche, überdieß erſt vertragsmäßig begründete Recht, in ſich ſelbſt wieder aufhebende Reſultat, ſcheint es mir zu verbieten, daraus einen alten Rechtsſatz abzuleiten, und ich möchte eher nur eine Andeutung jüdiſchen Wuchers und Schändlichkeit, die man als ſolche zugleich mit den Mitteln ihrer Paralyſirung aufſtellte, hierin finden. Ohnedem lag ſelbſt darin nicht ein Tödtungs-Recht, wenn nicht der Theil des Körpers, auf welchen die Befugniß zur Ausſchneidung bezogen wurde, ein edler, weſentlicher iſt, deſſen Verletzung den Tod zur Folge haben muß. Wichtiger iſt die Analogie des Norwegſchen Gulebingsgeſetzes, wie es Grimm[298]) nach der ältern ungedruckten Recenſion mittheilt, wonach auch ohne Verabredung dem Gläubiger erlaubt wird, den muthwilligen, ihm übergebenen Schuldner, der ſich der Arbeit weigert, wenn ſeine Freunde ihn nicht löſen wollen, zu verſtümmeln „von ihm zu hauen was er will, oben oder unten.“ Doch folgt daraus nicht ein Schluß auf unſer Recht. Denn wie ſcharfſinnig auch die

298) a. a. O. S. 616.

Verknüpfungen ſind durch welche Grimm die unvollſtändigen ſtrengen Geſetze des Mittelalters [299]) über die Behandlung gefangner Schuldner, mit jenen angegebenen Gründen und dem Römiſchen Alterthum zu ergänzen ſucht, ſo glaube ich doch, daß die Stelle aus dem Saliſchen Rechtsbuche,[300]) auf welche er ein ſo großes Gewicht legt, kein entſcheidendes Argument darbiete. Sie handelt von dem Todtſchläger, der das Wehrgeld zu entrichten außer Stande iſt. Wenn dann die Förmlichkeit der chrenecruda vorgenommen, und auch von den nunmehr verbindlich gewordenen Verwandten die Zahlung nicht zu erlangen war, ſo ſoll folgendes Rechtens ſeyn: „Tunc illum qui homicidium fecit, ille qui eum in fide sua habet (das iſt der Gläubiger, dem das Wehrgeld gebührt,) per quatuor mallos praesentem faciat; et si eum nullus suorum per compositionem voluerit redimere, de vita componat.“ Daß letzteres eine Tödtungsbefugniß, wie in andern Stellen, mittelbar enthalte, iſt wohl unzweifelhaft, obſchon nicht unbeſtritten, da es zuweilen nur auf Unfreiheit bezogen wird. Mittelbar, denn die Compoſition iſt rechtlich erlaubt, aber ſie kann factiſch unmöglich ſeyn, und iſt es nothwendig in dieſem Falle, wo ſchon die Unmöglichkeit das ſchuldige Wehrgeld zu entrichten, eben dieſes weitere Verfahren herbeigeführt hat. Aber zweierlei ſcheint mir gegen die Benuzzung dieſer Stelle, für das Schuldverfahren überhaupt, und zur Ergänzung anderer unvollſtändiger Nachrichten, zu ſprechen. Hier iſt die Rede von Büßung eines Todtſchlages, und ich möchte daher ſchon eher eine Verbindung mit den früher ausgeführten Grundſätzen über die traditio zur Rachebung annehmen, welche ihr ſelbſtſtändiges Recht behauptet, wenn kein Mittel ihrer Entfernung da iſt. Außerdem

299) a. a. O. S. 617. 618.
300) Tit. LXI.

könnte der Unvermögende leichter als irgend ein anderer, ungeahndet Tödtungen begehen, indem er weder zahlte, noch Rache zu fürchten hätte, und nur Haft bei dem Gläubiger duldet, dem er verspricht was er nicht halten kann. Dann aber kommt auch diese Betrachtung hinzu: dürfte man, was gewiß nicht geschehen kann, dem Germanischen Rechte jener Zeit so strenge civilrechtliche Grundsätze wie die des Römischen Rechts zuschreiben, so möchte man glauben, durch die Uebernahme der Verbindlichkeit des Todtschlägers das Wehrgeld zu bezahlen, sey gleichsam durch Novation ein ganz anderes in dem Grade selbstständiges Schuldverhältniß begründet, daß jetzt nur eine strenge Geldschuld in Betracht käme, dagegen aber die Blutschuld völlig in den Hintergrund trete, und als solche getilgt wäre, so daß dann eine Ausdehnung dieses Gesetzes, auf den Darlehnsschuldner, wie sie Grimm will, angenommen werden dürfte. Allein dem ist nicht so. Daher glaube ich daß diese Stelle nicht zur Begründung jener Meinung gebraucht werden könne, und indem ich sie lediglich auf die Voraussetzung einer verübten Tödtung beschränke, erkläre ich mir dieselbe einfach aus der Lehre der Behandlung der Tödtung, und dem früher nachgewiesenen Rechtsverhältniß bei der Tradition an den Gegner, damit dieser sich selbst Genugthuung verschaffe. Ob jemand nur Geld schuldig sey, oder noch außerdem einen Todtschlag verübt habe, macht gewiß bei dem unbefangenen Rechtssinn der Alten einen großen Unterschied. Nun ist es zwar richtig, daß nach eingegangenem Vertrag, Composition, die Fehde aufhört, folglich auch das Recht der Tödtung, indessen scheint es nicht widersprechend, daß bei der Unmöglichkeit dem neuen Verhältniß zu genügen, das ältere sich geltend machte, und jedenfalls muß dieß auch der zugeben, der schon für die bloße Geldschuld die Tödtungsbefugniß nimmt. Nehmen wir hiezu, daß noch weit später es wiederholt durch Gesetze eingeschärft werden mußte, nach eingetretener Composition soll nicht weiter zur Rache geschritten werden, so rechtfertigt sich noch für die Ansicht, daß diese

an der Stelle der nichtgeleiſteten Compoſition wieder ihr urſprüngliches Recht geltend zu machen ſtrebte.

Jedenfalls bleibt es unbeſtritten, daß, wenn überhaupt ein ſolches Recht einmal da war, es früh verſchwand, und ſo wie davon die Geſetze nichts enthalten, ſo bedarf es für die ſpätere Zeit keiner Bemerkung, daß davon nicht die Rede ſeyn könne, und meines Wiſſens iſt auch um ſo weniger daſſelbe irgend behauptet worden, als man ſich früher allgemein die vergebliche Mühe gegeben hat, aus dem alten Römiſchen Recht, die äußerſte Strenge im Verfahren gegen den inſolventen Schuldner hinweg zu interpretiren, deſſen wir oben gedacht haben.

b) Der Mißgeburt.

§. 82.

Der Befugniß die Mißgeburt zu tödten, iſt bereits bei dem umfaſſendern Rechte der väterlichen Gewalt Erwähnung geſchehen. Im Römiſchen Recht war hievon an dieſer Stelle zu ſprechen, in ſo fern ſie auch ſelbſtſtändig in Betracht kommt, und ſogar von Staatswegen eine Tödtung des partus monstrosus erfolgte. Hier iſt des Falles nur remiſſiv zu gedenken.

c) Des Greiſen.

§. 83.

Aber die Tödtung des Greiſen nimmt hier ihre rechte Stelle ein. Sie kommt zwar aus ähnlichen Gründen wie der ſchwächlichen Kinder, und überhaupt derjenigen vor, von denen ſich nach der ältern Anſicht nicht hoffen läßt, daß ſie ein ihnen ſelbſt und der Geſammtheit erſprießliches Leben weiter zu führen vermögend ſeyn würden. Aus einem Gewaltverhältniß kann natürlich dieſe Befugniß, oder genauer geſprochen dieſe Pflicht nicht abgeleitet werden, da ſie an den Alten von den Jüngern ausgeübt wird, wenn nicht, wie

oben bei Gelegenheit des Römiſchen Rechts, mit Bezug auf die Sitte der Heruler erwähnt wurde, eine nicht verwandte Perſon, die tödtende Handlung vornehmen muß, um das dem Gefühl Widerliche und Schmerzliche zu vermeiden. Eine Pflicht nenne ich es, weil es nicht ein Belieben der Andern iſt, von einer Befugniß Gebrauch zu machen oder nicht, ein Recht vielmehr des Greiſes, auf das er Anſpruch machte, um, wie ſich Grimm[301]) ausdrückte, „im Bewußtſeyn letzter Kraft, ehe Siegthum nahte, zu ſterben, wie wir den Krieger preiſen, welchen der Tod auf dem Schlachtfelde, ohne unmännliche Krankheit, dahin rafft.“ Daher erwähnen alte Geſchichten, daß die Alten, („die Bewohner einer an der Grenze Weſtgothlands abgelegenen Gegend“) nach Beſorgung ihrer irdiſchen Angelegenheiten, ſich ſelbſt freudigen Muthes den Tod gaben. Hier liegt eine religiöſe Anſicht über den glücklichen Zuſtand nach dem Tode zu Grunde, und darum werden getreue Knechte mit in den Tod genommen, weil nur der in ſeines Herrn Gefolge kommende Diener von Odin in die Heimath der Seligen eingelaſſen wird.[302])

---

301) a. a. O. S. 468. Auf dieſe treffliche Darſtellung beziehe ich mich rückſichtlich einiger Quellen, welche ich nicht ſelbſt einzuſehen Gelegenheit gehabt habe.

302) Grimm a. a. O. S. 486. unten. „Nachdem Skapnartungr ſein Erbe ausgetheilt hat, ſtürzt er und ſeine Frau von ihren Kindern zum Felſen geleitet, ſich froh und heiter herunter.“ Sehr ſchön macht Grimm S. 489. noch folgende hieran ſich ſchließende Bemerkung: „Jenem heitern Sprung des Alten vom Felſen, nachdem er den Kindern alle ſeine Haabe vertheilt hat, gleicht aber was im Deutſchen Recht das Setzen auf den Alten Theil heißt. Der Vater läßt ſich gleichſam bei Lebzeiten beerben, er tritt den Kindern ſein Vermögen ab und zieht ſich in eine Ecke am Heerde, in ein Stübchen zurück, wo er ſeine letzten Tage verleben will; den freien Brand, eine Leibzucht, eine Pfründe, hat er ſich vorbehalten.“

Wo aber mehr hiſtoriſche Zuverläßigkeit beginnt, da wird, wie es auch oben im Röm. Recht bemerkt iſt, ein anderer mehr äußerer Rechtfertigungsgrund aus der Noth entlehnt. So beſchloſſen die Isländer einſt bei ſtrenger Kälte und Hungersnoth die Greiſe und Kranke aufzugeben und dem Hungertode zu überlaſſen — oder die Greiſe zu tödten, Kinder auszuſetzen. Aehnliches wird von den Nord-Deutſchen, den Wenden, den alten Preußen angeführt, auch von Nordamerikaniſchen wilden Stämmen, nach dem Zeugniß neuerer Reiſebeſchreiber.[303]) Aber nirgends findet ſich dieſe harte Sitte bei einem Volke, dem die chriſtliche Lehre bekannt war;[304]) ſie gehört überall dem Heidenthum an; und ſo beſtätigt ſich denn auch hier der oft erwähnte Einfluß des Chriſtenthums auf die Veredlung und Milderung der Sitte und die allmählige Annäherung an einen höhern Standpunkt des Rechts.

2) Eigenthümliche.

a) Des Kämpfers.

§. 84.

Wir haben noch einiger dem Germaniſchen Rechte eigenthümlicher Fälle zu gedenken, für welche ſich im Römiſchen Rechte nichts unmittelbar Entſprechendes darbietet.

---

303) Grimm a. a. O. S. 487. 488. Vgl. noch über eine ähnliche Selbſtopferung der alten Preuß. Oberprieſter (Griven) durch Feuertod. Voigt Geſchichte Preußens. I. Bd. S. 505.

304) Grimm a. a. O. S. 489. ſagt: „Die Deutſche Geſchichte kennt kein Beiſpiel, daß ſeit der Einführung des Chriſtenthums abgelebten Aeltern ein freiwilliger oder gewaltſamer Tod widerfahren war.“ Dieß iſt aber, vom Standpunkt unſererer Wiſſenſchaft und dieſer Betrachtung aus, da leider ſolche Beiſpiele bekanntlich oft vorgekommen ſind, und vorkommen, durch den Zuſatz zu beſchränken, „wo nicht das Verbrechen des Aeltermordes rechtlich vorhanden geweſen wäre.“

Den Anfang mögen die in dem Friſiſchen Rechtsbuche[305]) genannten Fälle machen, für welche ſich bisher noch keine beſtimmte Stelle im Syſtem ergeben hat.

Der Kämpe (campio) mag ohne Wehrgeld d. h. ungeſtraft getödtet werden. Die Stelle nennt ihn ohne alle weitere Bemerkung; dennoch ſcheint es mir unbedenklich anzunehmen, daß nur dann, wenn er im rechtlichen Kampfe erſchlagen wurde, ihm ſein Recht geſchieht, dem er ſich ſelbſt erbietet, keineswegs aber, daß er überhaupt möglicher Gegenſtand ſtrafloſer Tödtung geweſen ſey. Der Kämpe, der auf eine unedle und verwerfliche Weiſe ſein Leben der Gefahr hingiebt, nicht für ſeine eigne Sache im Gefühl und zum Beweiſe des Rechts ſtritt, iſt gering geachtet und entbehrt der vollen Freiheitsrechte, indem dieſe vermindert ſind, und er iſt rechtlos.[306]) Daß dieſer Ausdruck aber hier nicht eine ſolche ſtrenge aus dem Wortverſtande zu folgernde Entziehung aller Rechte bedeute, wie er von manchen Naturrechtslehrern und Criminaliſten gebraucht wird, iſt bekannt und gelegentlich ſchon erinnert worden.[307]) Solche Käm-

---

305) Tit. V. de hominibus qui sine compositione occidi possunt.

306) Sachſenſpiegel Buch I. Art. 38. §. 1. „Kämpfer und ihre Kinder und alle die unehelich geboren ſind, imgleichen Spielleute, und die Raub oder Diebſtahl erſetzen oder wiedergeben, und des vor Gericht überführt werden, oder auch ihren Leib, Haut oder Haare löſen, die ſind alle rechtlos.“

307) Eichhorn a. a. O. Th. II. §. 349. Note 6. Man darf daher nicht daraus auf die Ungeſtraftheit einer Tödtung an ihnen ſchließen. Gloſſe zum Sachſenſp. Buch I. Art. 50. — „Und wär' ein Mann ein Spielmann ꝛc. — Dieſe mögen niemandt an ſeinem Rechte beſchelten, jedoch ſo mag man ſich auch an ihn verwirken, denn obwohl ſie ehrlos ſeind, ſie ſeind doch keine diebe noch reuber, das man ſie ſo leichtlich tödten möge — auch wiß, das gaukler und zauberer

pfer aber, welche aus dem sonst ehrenvollen oder durch rechtliche Nothwendgkeit gerechtfertigten Kampfe ein Geschäft oder Gewerbe treiben, sind ohne Wehrgeld, mit ihnen Kinder, und erhalten höchstens Scheinbuße.[308]) Daß aber eine Tödtung auch an ihnen außer jenem Falle strafbar ist, sagt ausdrücklich der Sachsenspiegel; wer einen solchen, wie andre rechtlose Leute verwundet, tödtet oder auf irgend eine Weise den Frieden an ihnen bricht, soll als Friedbrecher bestraft werden.[309]) Auch kam bei den Burgundern eine, wenn gleich geringere als die gewöhnliche, Composition vor.[310]) Mit der Sitte solchen Herumziehens zum Kampf für Geld, und den öfters erwähnten verschiedenen Gründen, welche dem mit einem geregelten Recht im Widerspruch stehenden Zweikampf, als straflosser Handlung ein Ende machten,

---

auch spielleut heißen, — diese mag man auch nicht tödten." Die Stelle beruft sich auf Röm. R. L. 9. Cod. de maleficis et mathematicis. IX. 18.

308) Sachsenspiegel Buch III. Art. 43. §. 9. Kämpfern und ihren Kindern den gibt man zur Buße den Blick von einem Kampfschilde gegen die Sonne. Schwabenspiegel Cap. 102. §. 13. 15. letzte Stelle fast gleichlautend. Vgl. die Glosse zum Sachsenspiegel.

309) Sachsenspiegel a. a. O. §. 11. „Doch wer ihr einen wundet oder tödtet oder raufft (beraubet) oder unechte weiber notzöget, und den frieb an ihnen bricht, man sol über ihn richten nach Friedes Recht."

310) L. Burgund. Tit. XVII. De campionibus et causis quae ad eos pertinent. Cap. 1. „Si unus ex his ab altero interfectus fuerit, quamvis nobilis sit persona, non componatur amplius quam duodecim solidis; et ab eo componatur, qui illum injuste invitavit. Die Lex Frision. Tit. XIV. Cap. 4 ꝛc. bestimmt: wer jemand der Tödtung, die ihm selbst zur Last gelegt wird, beschuldigt, soll den Andern vor Gericht bringen, und schwören, daß dieser der Todtschläger sey. Will es der Andere leugnen, so mag er auch schwören, dann sollen beide miteinander kämpfen, und der

ist auch diese Anwendung hinweggefallen.

Unterliegende, oder falls er getödtet wurde, dessen nächster Erbe das Wehrgeld für jenen Todtschlag, um den gekämpft wurde, zu entrichten schuldig seyn. Drauf heißt es Cap. 7. „In hac tamen contentione licet unicuique pro se campionem mercede conducere, si eum invenire potuerit. Si campio, qui mercede conductus est, occisus fuerit, qui eum conduxit, LX. solid. id est libros tres ad partem Regis componat insuper et leudem occisi hominis (d. h. des Mannes, um dessen Tödtung der Kampf eingegangen war) exsolvat.“ Auf gleiche Voraussetzung bezieht sich eine auch in anderer Hinsicht lehrreiche Stelle, deren Schluß hier Platz finden möge; Leg. Luitprand. lib. VI. L. 65. — „Postea potestatem habeat quaerere per pugnam, sicut antiqua fuit consuetudo. Et si ei ferita evenerit, cui crimen ipsum mittitur: aut ad Campionem ipsius, quem conductum habuerit, non amittat omnem substantiam suam sed componat secundum qualitatem personae sicut antea fuerit lex componendi. Quia incerti sumus de judicio Dei; et multos audivimus per pugnam sine justitia causam suam perdere. Sed propter consuetudinem gentis nostrae Longobardorum legem impiam vetare non possumus.“ Vgl. noch über Campiones L. Baiuvar. Tit. II. Cap. XII. §. 1. Tit. XV. Cap. XI. §. 2. Tit. XVI. Cap. 2. u. f. L. Rothar. L. 9. 198. Doch wird hier campio für den Kampf überhaupt, auch ohne Stellvertreter gebraucht L. 371. Auch ein Sklave, der durch Krankheit oder Alter am Kampfe verhindert ist, soll einen campio stellen dürfen. (!) L. Ottonis II. Aug. L. 12. — L. Henric. I. Aug. Cap. 1. L. 2. Einigermaaßen erinnert dieses an das Verhältniß der unfreien Fechter („qui ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sunt; inve ludum custodiamve conjecti fuerint“) und der Lage, in welche sie allein durch Freilassung kammen konnten. Gaii Comm. I. §. 13. vgl. mit Caesar de bello civili. Lib. I. Cap. 14. Sveton. in Caesar. Cap. 31. — Der Freien Tod mußte regelmäßig gebüßt oder gerächt werden, wenn er nicht in der Schlacht starb, oder durch Naturgewalt, oder natürlichen Todes, oder durch Selbstmord. Wer

b) Des Brandstifters.

§. 85.

Das Gesetz 310 b) nennt ferner, abgesehen von den bereits betrachteten Fällen und der Tödtung in der Schlacht,

---

aber in eigner Sache als Schuldiger im Zweikampf fiel, hatte seine Ehre und Wehrgeld verwirkt. So auch der Kämpfer für fremde Sache; doch verlor er nichts vor Ausgang des Kampfes — erst der Kampf entschied. Aber wer gewerbmäßig für Geld kämpft, und wie Rogge a. a. O. S. 208. sagt, bereit war, um schnödes Geld sein Wehrgeld, das heilige Recht der Familie, aufs Spiel zu setzen, mußte als ehrlos gelten, da er jeden Tag in seinem Berufe todt geschlagen werden konnte, und dann ohne Wehrgeld daliegen mußte. Indeß kann ich Rogge weder zugeben, daß dieses natürlich auf den Schluß führte, ein Kämpfe dürfe überall ohne Wehrgeld erschlagen werden, noch daß ursprünglich der Zweikampf vielleicht niemals wirklich vorgekommen sey. Betrachtet man die Hauptstelle, welche von der erlaubten Tödtung handelt, die wir schon so oft gebraucht haben, L. Frision. Tit. V. Cap. I. so wird man finden, daß sie keine einzige Person nennt, welche als solche und unmittelbar erschlagen werden durfte, sondern lauter solche, die an sich rechtfähig, nur unter der Voraussetzung, daß sie eine bestimmte widerrechtliche Handlung verüben, für diesen Moment rechtlos werden. Weder Diebe noch Ehebrecher, Tempelräuber ꝛc. sind eine eigne Klasse von Leuten, gerade nur der campio gehört einer solchen an; aber es hindert uns nach den beigebrachten Zeugnissen nichts, die Beschränkung anzunehmen, daß er nur im wirklichen Kampfe ungestraft getödtet werden durfte. — „Campionem, et eum, qui inproelio fuerit occisus, et adulterum et furem, si in fossa qua domum alterius effodere conatur fuerit repertus, et eum, qui domum alterius incendere volens, facem manu tenet, ita ut ignis tectum vel parietem domus tangat, qui fanum effregit, et infans ab utero sublatus et enecatus a matre.“ Zwar, so lange nur Wehrgeld galt, mag es so gewesen seyn, aber zu der Zeit, wo die Kampfvertretung ein Gewerbe wurde, war schon Buße an den König verfallen.

310 b) S. die in der vorhergehenden Note a. E. mitgetheilte Stelle.

den Brandstifter, aber wir können diesen Fall mit dem des Diebes zusammenstellen und zur Nothwehr oder Privat-Rache rechnen.

c) Des Tempelräubers.

§. 86.

Selbstständig gehört aber hieher der Tempelräuber, weil der Tempel (hier ein heidnischer[311]) nicht wie die Behausung (domus) einen Bewohner hat, der Rache oder Nothwehr ausüben kann; es muß hier also eine Befugniß jedes Einzelnen gedacht werden, den betretenen Frevler am Heiligen (religionis causa) zu tödten, und daher könnte allenfalls auch dieser Fall unter Nr. III. seine Stelle finden.

d) Des Flüchtigen.

§. 87.

Die ältern Rechte gedenken einer erlaubten Tödtung des flüchtigen Knechts (servus fugitivus, fugax). Diese kommt jedoch nicht unmittelbar sondern nur in so fern vor, als sich derselbe mit Waffen gegen den Verfolger zur Wehr setzte, oder sonst sich zu ergeben weigert und es auf eine Gewaltanwendung ankommen läßt. Daher möchte ich diesen Fall nicht gerade unter den Gesichtspunkt der Herrngewalt allein setzen, obgleich diese als die Bedingung der Verfolgung zu betrachten ist. Aber auf die Erfordernisse

311) S. die vorige Note und Additam. 12. ad leg. Frision. Eine auch rücksichtlich der Menschenopfer wichtige Stelle. „Qui fanum effregerit, et ibi aliquid de sacris tulerit, ducitur ad mare, et in sabulo, quod accessus maris operire solet, finduntur aures ejus et castratur et immolatur Diis, quorum templa violavit. Vgl. Capit. de partib. Saxoniae, Cap. 1.

der Nothwehr iſt dieſe Befugniß auch nicht beſchränkt.[312]) An andern fugitivi, z. B. clerici, Freien, findet dieſes Recht nicht ſtatt, wenn nicht der Freie außerhalb der Provinz fliehen will, wobei vorausgeſetzt werden muß, daß er eines Verbrechens, z. B. um Diebſtahls willen, die Flucht ergriffen hatte, oder ſonſt aus der Gewahrſam entronnen war. Hier iſt denn auch die Befugniß anderer Perſonen, und bei einigen ſogar die Pflicht, ſich zu bemühen des Flüchtlings habhaft zu werden, ausgedehnter als bei dem entlaufenen Knechte.[313]) Aber auch umgekehrt, wenn der Verfolgte den Gegner tödtet, der ihn fahen will, ſoll es keine weitere rechtliche Folgen haben, wodurch alſo gegen ſonſtige Grundſätze ihm eine Befugniß ſtrafloſer Wehr, in einer ungerechten Sache zugeſtanden, und ein eigenthümliches Verhältniß begründet wird. Die Verfolgung iſt ſelbſt ſo priviligirt, daß das Aſyl, welches die Kirche gewährt, wenigſtens den nicht ſchützen ſollte, der ſich dahin mit Waf-

---

312) L. Burgund. Tit. XI. Cap. 2. — „Qui fugitivum secutus fuerit, et casu repugnantem occiderit, omni calumnia careat, aut si is, qui sequitur a fugitivo percussus fuerit, ad dominum fugitivi nulla calumnia revertatur.“

313) L. Rothar. L. 269. — „Si liber aut servus voluerit foris provinciam fugere, et judex aut quicunque in loco aut finibus Provinciae residet, eum comprehenderit, teneat eum et res, quas secum tulerit, salvas faciat, et mox mandet ad judicem de loco, unde fugere coepit, quatenus eum recipiat; et det pro uno fugace solidos II., ita ut cum rebus, quas secum detulerit reddatur.“ — „Et si fugax ille manus ad ligandum non dederit, et occisus fuerit, non requiratur, nisi tantummodo res, quas tulerit, reddantur, et si ille qui fugacem hominem comprehendere voluerit, ab ipso occisus fuerit, non requiratur.“

fen begiebt und sich vertheidigt, und eine am heiligen Orte verübte Tödtung ist dem rechtlichen Verfolger ohne Gefährde.[314])

e) Des zu Verhaftenden und des zu Pfändenden.

§. 88.

Ferner der Fall, wo jemand den erschlägt, den ihm von Amtswegen zu fahen gebürt, schließt sich hieran unmittelbar an, und kann mit dem vorigen zusammentreffen. Wir werden auf denselben bei der Betrachtung der P. G. O. zurückkommen. Er kann zum Theil unter den Gesichtspunkt von Nr. III. gestellt werden, ist aber auf die Voraussetzungen und Bedingungen gerechter Nothwehr nicht beschränkt.

Mit ihm steht in Verbindung die Gewaltübung gegen sonstige Widersetzlichkeit, z. B. wegen verwirkter Pfändung. Wenn hier die Tödtung des Widerstrebenden erfolgt, ist sie gerechtfertigt.[315])

---

314) L. Wisigothor. lib. IX. Tit. III. Cap. 1. 2. — „Nullus de eccelesïa ausus sit, aliquem violenter abstrahere, nisi ad Ecclesiam confugiens armis se fortasse defensare voluerit. — Qui ad Ecclesiae porticus confugerit, et non deposuerit arma quae tenuit, si fuerit occisus, percussor in loco sancto nullam calumpniam pertimescat.“ Ueber die Freistätten s. oben Note 202.

315) Grimm a. a. O. S. 744. führt aus dem Dreieicher Weisthum folgendes an: — „wer zwischen Lamprecht und Remigius (vor daß die Sonne ufkomet und nah der zeit als die Sonne in golt gehet,) in die wilde huße fährt, soll gepfändet werden, wolte er niht leiden pfandunge, der da bräche, und sich werete, erschlüge den ein Forstmeister oder sein Knecht, der wäre niemandes nichts darumb schuldig.“ und fügt bei, daß umgekehrt auch der zu hoch gepfändete den Forstmeister ungestraft erschlagen darf.

Die erlaubte und gewiſſermaßen befohlene Tödtung des Wildſchützen durch Forſtbeamte, der Fahnenflüchtigen Krieger durch Kriegsgenoſſen, der Zigeuner, ſind, ſo weit ſie auf beſondern Geſetzen beruhen, meiſt neuer als die P. G. O., und ſo mögen denn dieſe Fälle hier einſtweilen erwähnt, ſpäter aber nochmals betrachtet werden.

Reſultat der bisherigen Unterſuchung des Germaniſchen Rechts.

§. 89.

Werfen wir nun einen Blick auf den bisher zurückgelegten Weg. Wir finden ſchon ziemlich früh in dieſem Theile unſers Rechts die vortheilhaften Einflüſſe des Chriſtenthums, der Kirche, auf Recht und Sitte, und letztere beide, beſonders in der ſpätern Zeit, in einem unverkennbaren Fortſchreiten begriffen. Privatrache und Fehden werden ſeltener, in gewiſſen Fällen ganz verboten, in andern beſchränkt, und durch Compoſition und Sühne entfernt, ein öffentliches Strafrecht beginnt in Thätigkeit zu treten; der Charakter der Individualität, der in den heimiſchen Anſichten vorherrſchte, geſtaltet ſich allmählig mehr zu einem allgemeinen Princip, welches ſeinen unmittelbaren Ausdruck in den durch Berufung auf die chriſtliche Lehre beſtärkten Beſtimmungen erhält, durch welche die Selbſthülfe und Rache verboten, die Tödtung als ein Verbrechen behandelt wird, der allgemeine Friede rechtliche Anerkennung fordert. Wenn dadurch nothwendig viele, dem rein ſubjektiven Princip individueller Freiheit angehörige Befugniße, als dem ſittlichen Rechte widerſprechend wegfallen, und andere wenigſtens durch beſtimmtere Beſchränkung ſeltner werden, ſo erklärt ſich die dennoch längere Zeit fortdauernde Verwerflichkeit zum Theil in der Vorſicht der Geſetzgebung, welche nur mit Schonung in die beſtehenden Volksanſichten eingreifen wollte,[316]) zum Theil aus dem

316) S. die Note 310. angeführte L. Luitprandi lib. VI. L. 65. Zu ſolchen eine Zeitlang vorkommenden Ueberbleib-

Mangel gehöriger Anstalten, um das anerkannte Recht in Ausführung zu bringen, und demselben überall Geltung zu verschaffen.

So bestehen demnach noch immer gewisse Ausnahmen von dem Verbot der Rache, der Tödtung, entweder nur factisch oder auch selbst rechtlich anerkannt, weil die nationale Ansicht sich von dem Gefühl der Zulässigkeit derselben bei den bestehenden Verhältnissen noch nicht zu trennen vermocht hatte. Nicht zu gedenken solcher nothwendigen Ausnahmen, die, obwohl seltener, den Grund ihrer Rechtfertigung in sich selbst haben, und stets als solche anerkannt werden müssen. Wir haben hier insbesondere der auch nach dem gemeinen, selbst dem vertragsmäßigen Landfrieden,[317] noch unter Voraussetzung gehöriger Absagung rechtmäßigen Fehden, des erlaubten Zweikampfes ꝛc. zu gedenken; — die, wie sehr auch die später vertragsmäßig aufgerichteten Landfrieden, ihnen Grenzen zu setzen und sie gänzlich aufzuheben bemüht waren, doch eine Unterstützung an allen den Hindernissen fanden, welche sich dem allgemeinen innern Frieden in Deutschland entgegenstellten, deren Besiegung erst zu einer Zeit gelang, wo das Römische Recht in einer selbstständigern Form als die war in welcher es bereits lange Zeit seinen Einfluß im Germanischen und im Canonischen Recht geäußert hatte,

---

sein der Privatrache und erlaubten Tödtung kann man auch die hier und da vorkommende Befugniß, oft Pflicht des Klägers rechnen, das Todesurtheil an dem Schuldigen selbst zu vollziehen. S. Meine Comment. a. a. O. §. 23. Note 48. und Kolderup-Rosenvinge a. a. O. §. 68. Note h. 79. 112 ꝛc.

317) Ueber den Unterschied des gemeinen, jederzeit gesetzlich gewesenen Landfriedens, der nicht erst geschlossen zu werden brauchte, und des vertragsmäßigen, zur Verstärkung der Macht der Verbündeten, Fürsten, und zur Ausschließung auch der bisher rechtmäßig gewesenen Fehde, durch Recht und rechtliches Verfahren, und Austräge, Vgl. Eichhorn a. a. O. Th. III. §. 408. u. Note m. daselbst.

praktiſche Bedeutung erlangt. Auf dieſen Standpunkt, den die P. G. O. repräſentirt, indem ſie theils unmittelbar darauf hinweiſet, theils das dadurch modificirte Gewohnheits-Recht und die Praxis beſtätigt, ſind die meiſten urſprünglich germaniſchen Anwendungen, wie ſie bisher dargeſtellt wurden, entweder vor dem neuern Recht, oder durch daſſelbe verſchwunden, und wir werden nunmehr bei Prüfung der gemeinrechtlichen Grundſätze im eigentlichen Sinn, öfter auf die fremden, als auf alte einheimiſche Grundſätze uns zu beziehen genöthigt ſeyn.[318])

Dritte Abtheilung.

Syſtem des practiſchen gemeinen Rechts.

Einleitung.

§. 90.

Die bisher geführte geſchichtliche Unterſuchung hat uns in den Stand geſetzt, die Beſtimmungen des gemeinen Rechts jetzt näher zu prüfen. Wir haben die Fälle, in denen nach irgend einer Seite hin, eine Tödtung als erlaubt gerechtfertigt oder ſtraflos *behauptet* werden kann, oder behauptet worden iſt, ſey es auch nur mit ſcheinbaren Gründen, in möglichſtem Umfang vorzulegen geſucht, und die Ueberzeugung gewonnen, daß die meiſten einem noch unvollſtändig entwickelten Rechtszuſtand angehörig, längſt veraltet waren. Indem wir bei vielen einzelnen Fällen die Aufhebung, nebſt

318) Die hiſtoriſche Betrachtung, deren allgemeine Reſultate vorliegen, ſpeciell auch durch ſpätere Weisthümer und Stadtrechte durchzuführen, fehlt es mir an Quellen. Indeß wird dadurch an dem Reſultate nichts geändert. Die Dogmengeſchichte ſoll in Verbindung mit dem Syſtem des praktiſchen gemeinen Rechts wenigſtens kurz berührt werden.

ihren allgemeinen und eigenthümlichen Gründen, zu zeigen bemüht waren, sind nur wenige übrig, denen eine practische Bedeutung beigelegt werden darf. Welche diese seyen, und unter welchen Voraussetzungen, mit welchen Beschränkungen sie noch jetzt als Ausnahmen von dem sonst geltenden allgemeinen Verbot der Tödtung bestehen können, ist Gegenstand der weitern Untersuchung. Daß diese nicht ganz überflüßig sey, daß sie nicht blos eine historische und allenfalls theoretische Bedeutung habe, ist früher, und auch sonst gelegentlich unter andern dadurch gerechtfertigt worden, daß wenigstens in Ansehung einiger Anwendungen die Meinungen der angesehensten Rechtsgelehrten getheilt sind, deren namentlich Einige solche Tödtungsbefugnisse lediglich nach dem Worte der gleich näher zu betrachtenden Artikel der P. G. O. behaupten, ohne auch nur die Beschränkungen zuzulassen, auf welche das Gesetz so deutlich hinweiset, und die, selbst hievon abgesehen, durch das Verhältniß der P. G. O. zu den Hülfsrechten, und dem Herkommen, zur nähern Bestimmung hinzugenommen werden müssen. Hiezu kommt noch, daß, wie ebenfalls früher nachzuweisen versucht ist, unrichtige s. g. philosophische Grundsätze auf falsche Consequenzen geführt haben, ein Irrthum, der mit dem öfters gerügten andern in Verbindung steht, die in einem s. g. philosophischen Theil des Strafrechts aufgestellten Sätze, dem positiven Rechte unterzuschieben. Hierauf aufmerksam zu machen, möge für den Gegenstand unserer Betrachtung genügen, die ausführlicheren Beweise müßte eine vollständige Geschichte der wissenschaftlichen Behandlung des s. g. Natur-Rechts, und des Strafrechts in neuerer Zeit, in Verbindung mit der Dogmengeschichte, und in ihrem Verhältniß zur Praxis liefern.

Plan des Folgenden.

§. 91.

Für die folgende, auf den Grund des bisher Erörterten schneller zum Ziele führende Betrachtung scheint es mir ange-

meſſen, die P. G. O. zum Mittelpunkte zu machen, von welchem aus die verſchiedenen daſelbſt genannten Ausnahmen, in der Ordnung geprüft werden ſollen wie ſie das Geſetz aufzählt. Eine ſyſtematiſche Zuſammenſtellung iſt beſonders deshalb unrathſam, weil ſie nicht, wie die frühere hiſtoriſche, eine Mannichfaltigkeit von Anwendungen allgemeinerer Principien enthält, ſondern vielmehr wirklich nur einzelne, und wie ſich ergeben wird höchſt beſchränkte Ausnahmen, die nur als ſolche von dem allgemeinen Verbot der Tödtung practiſch in Berückſichtigung kommen können. Daß es ſo iſt, zeigen die Fortſchritte des Rechts und der Sitte unſerer Zeit, und ich würde es geradezu für einen Rückſchritt halten, wenn es der Theorie gelänge, durch ihren Einfluß auf Praxis oder Geſetzgebung das allgemein geltend zu machen, was jetzt nur als die widerſprochene Behauptung mancher höchſt achtbarer Strafrechtslehrer angegeben wird.[319])

Standpunkt der peinlichen Gerichts-Ordnung in dieſer Lehre.

§. 92.

Das Verhältniß iſt nun Folgendes: Die P. G. O. wie längſt das Recht vor ihr, unterſagt in der Regel bei öffentlicher Strafe jede Tödtung. Ausnahmen ſind nur zugelaſſen, ſo fern ſie in ihr ſelbſt enthalten und durch höhere Nothwendigkeit gerechtfertigt ſind; ſie müſſen zugleich ſtreng erklärt werden, ſo daß hier weder weitere Analogien geſtattet werden dürfen, noch die einzelnen Fälle ſelbſt anders als ſo entſchuldigt werden können, wie ſie, nach der Beſtimmung dieſer Geſetzgebung überhaupt, und der fraglichen Geſetze insbeſondere, durch früheres Recht, Sitte und practiſche Be-

---

319) Solche Rückſchritte ſind z. B. die oben geprüften neuen Geſetzvorſchläge, die, wie bewieſen wurde, des Rechtsgrundes entbehren. S. §. 4.

handlung derſelben beſchränkt, einen Anſpruch auf Geltung machen können.

Wir wollen nun die Beſtimmungen der P. G. O. an ſich und im Verhältniß zu den frühern Projekten, insbeſondere der Bamberger Hals-Gerichts-Ordnung, und dann mit den Rechten aus welchen ſie zu erläutern und näher zu beſtimmen ſind, vergleichen, um auf dieſem Wege die letzten practiſchen Reſultate zu gewinnen.

Syſtem der Bamb. H. G. O. und der P. G. O.

§. 93.

An zwei verſchiedenen Orten wird in der P. G. O. ſo wie in ihren Grundlagen mehrerer Fälle bedingt ſtrafloſer Entleibungen nebeneinander gedacht. Der Art. 150. welcher die eigentliche ſtrafrechtliche Lehre der Tödtungen beſchließt, (denn die folgenden beziehen ſich mehr auf den Prozeß) führt dieſe unter folgender Rubrick auf: „Hernach werden etliche entleibung inn gemeyn berürt, die auch entſchuldigung auff jn tragen mögen, ſo darinn ordenlicher weiß gehandelt wirdt.“ Das Syſtem iſt folgendes. Mit Art. 130. beginnt die Lehre der Tödtungen: „Hernach volgen etlich böſe tödtung, und von Straff der ſelben thätter.“ Nachdem dieſe in einzelnen Artikeln bis 137. abgehandelt ſind, ſpricht Art. 138. „Von unlaugbaren todtſchlagen die auß ſolchen urſachen geſchehen, ſo entſchuldigung der ſtraff auff jnen tragen.“ und beginnt Art. 139. mit der Nothwehr: „Erſtlich von rechter Nothwehr, wie die entſchuldigt.“ Dieſe Lehre wird mit Art. 145. geſchloſſen, ſo jedoch daß in dem Art. 142., der nothwendig mit dem Art. 150. in Verbindung geſetzt werden muß, die in dem letztern ſelbſtſtändig aufgezählten Fälle gleichfalls, jedoch unter dem Geſichtspunkt der Nothwehr in ſo fern vorkommen, als nehmlich der Ankläger eines Todtſchlägers, wenn ſich

letzterer auf die Nothwehr beruft, dieſer Qualifikation des Geſtändniſſes deſſelben dadurch zu begegnen ſucht, daß er behauptet es ſey keine rechte Nothwehr begründet geweſen, weil der Entleibte „rechtmäßige urſache gehabt“ gegen den Andern „tödtlich handlung, zwang oder gefengniß wie die recht zulaſſen fürzunehmen“ indem nehmlich der Gegner ſich in einem der hier (u. Art. 150) angegebenen Verhältniſſe befunden habe, welches ſeine Tödtung rechtlich geſtattet. Dieß iſt die zweite Stelle im Syſtem. In beiden Artikeln werden nähere Bedingungen der Strafloſigkeit angedeutet, die uns ſpäter beſchäftigen werden. Dieſen Fällen der Nothwehr ſetzt nun Art. 146. entgegen — „ungeverliche entleibung die wider eines thätters willen geſchicht auſſerhalb einer notweer“ und Art. 150. endlich ſelbſtſtändig, die Tödtungen, welche weder in Nothwehr, noch unabſichtlich erfolgen, und dennoch ſtraflos ſeyn ſollen, „ſo darin ordentlicher weiß gehandelt wird.“

Verhältniß des neuern Rechts zu den frühern Grundlagen des Strafrechts.

§. 94.

Der die Lehre ſtrafloſer Tödtungen einleitende Artikel 138. der P. G. O. welcher dem Art. 153. der Bamberger H. G. O. entſpricht, giebt gleich Veranlaſſung zu einer Bemerkung, die ſich auf die frühere Darſtellung des Germaniſchen Rechts bezieht. Die Bamberger H. G. O. ſagt: „Item es geſchehen ye zu zeytten entleybung, und werden doch die jhenenn, ſo ſölliche entleybung thun, auß guten urſachen, als etlich alleyn von peynlicher und dann etlich andere von peynlicher und bürgerlicher ſtraff entſchuldigt.“ In der P. G. O. aber ſteht, (wie öfters durch eine Nachläßigkeit in der Abänderung des Projekts, oder durch Verſehen ohne eine beabſichtigte Abänderung veranlaßt — „und

werden doch die jhnenn, so solch entleybung thun, auß guten ursachen als etlich alleyn von peynlicher und bürgerlicher straff entschuldigt.“ Letztere Stelle hat keinen rechten Sinn, indem zu dem als „etlich alleyn“, theils der Gegensatz „etlich andere“ fehlt, theils das etlich alleyn nicht zu der Folge paßt, daß jemand in beiderlei Rücksicht von peinlicher und bürgerlicher straff entschuldigt werde. Diese zwiefache Strafe der Tödtung, so wie ihr ausnahmsweises Wegfallen, kann nicht aus dem Römischen Recht erklärt werden, knüpft sich aber auf eine ganz einfache Weise an das frühere Recht des Wehrgeldes, und der Buße, welches auch in Concurrenz mit der öffentlichen Strafe vorkam. Wir haben gesehn, daß noch nach dem Sachsenspiegel, selbst im Falle gerechter Nothwehr, Wehrgeld entrichtet werden muß, und die Sache hat sich gewiß, namentlich bei widerrechtlichen Tödtungen auch allgemeiner erhalten, indem sich die noch in der P. G. O. so oft zur Bezeichnung der Rechtfertigung einer sonst regelmäßig unerlaubten Handlung, vorkommende Bezeichnung — „der ist darum niemants nit schuldig“ [320]) theils auf die Strafloſigkeit, theils auf die Befreiung von Privatentschädigung beziehen. Denn in letztere geht das Wehrgeld über, und hat sich namentlich bis vor Kurzem in der Praxis einiger Orten erhalten, wo bei strafbaren Tödtungen zugleich auf eine Entschädigung für die Hinterbliebenen des Getödteten erkannt wurde. [321]) Zwar bietet nun schon längst die öffentliche Strafe die vorzüglichere Seite bei der Zuerkennung der rechtlichen Folgen einer Tödtung dar, auch beziehn sich auf die spätere

320) P. G. O. Art. 139. 140. Bamb. H. G. O. Art. 164. 165. S. oben Note 241.

321) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Sechste Auflage. I. Bd. 2te Abth. §. 330. und die Note d. angeführten Schriftsteller.

rechtliche Anſicht einheimiſche Rechts-Sprüchwörter [322]) allein gerade da, wo eine Tödtung ausnahmsweiſe ohne öffentliche Strafe bleibt, iſt es practiſch, nach dem Geſichtspunkt des hergebrachten, von der Bamberger H. G. O. beſtätigten Rechts zu unterſcheiden, in wie fern dieſelbe zugleich von den bürgerlichen Nachtheilen befreie, oder nicht. Wenn wir jetzt letztere Rückſicht in der Praxis des gemeinen Rechts (der hier auch neuere Geſetzgebungen folgen) lediglich bei Seite ſetzen, und darum auch jene Bezeichnung allgemein für Strafloſigkeit, in dem weiteſten Umfange nehmen, ſo daß der Thäter gegen jeden möglichen Anſpruch geſichert bleibt, ſo liegt der Grund hievon weniger in einer Interpretation der Worte des Art. 138. als in dem ſpätern Herkommen und einer neuern Anſicht, welche der alten Sitte gegenüber, jede Schätzung eines Menſchenlebens nach einem äußern Werthe verwirft, und hier nur den intellectuellen, dem Recht und Geſetze zugefügten Schaden, nach den Principien der Gerechtigkeit ausgeglichen und aufgehoben wiſſen will. Obgleich aber die Bambergiſche H. G. O. im Art. 168. wieder peinliche und bürgerliche Strafe unterſcheidet, ſo giebt ſie doch ſelbſt keine Anwendungen dieſes Unterſchiedes und überläßt es alſo den Urtheilern, nach dem Herkommen hierüber das Nähere zu beſtimmen. Wir werden alſo ſelbſt dieſe für uns nicht mehr practiſchen Unterſchiede nicht weiter berückſichtigen, und uns nur an die in der P. G. O. aufgeſtellten Principien halten.

---

322) „Mit dem Halſe bezahlt man Alles“ und „mit dem Tode wettet man dem Richter und büßet dem Kläger.“ Vgl. Sachſenſp. lib. III. Art. 50. u. Eiſenhardt's Grundſätze der deutſchen Rechte in Sprüchwörtern. Dritte Ausgabe von C. E. Otto. Leipzig 1823. S. 505.

Prüfung der jetzt noch gesetzlichen Befreiungsgründe von der ordentlichen Strafe der Tödtung.

Von der Nothwehr.

§. 95.

Wir betrachten nach der Ordnung der Quellen zuerst die Nothwehr. Das Princip derselben ist ein allgemeines, und umfaßt jede Vertheidigung gegen widerrechtlichen Angriff, unter der Voraussetzung eines dadurch herbeigeführten Nothstandes. Wenn gleich eine in Nothwehr verübte Tödtung zu den straflosen gehört, so fern die Bedingungen nach dem Inhalt der Art. 140 — 145. bewiesen werden können, so ist doch die Tödtung nicht stets das Resultat der Nothwehr, und in so fern ist die Stellung, welche ihr hier mitten unter den Fällen, die ein Verbrechen der Tödtung begründen, angewiesen ist, eine beschränkte und einseitige. Indeß findet sich bei dem Mangel einer, in unserm jetzigen Sinn systematischen Anordnung, dieser Gebrauch öfters, daß eine allgemeine Lehre, oder ein allgemeiner Grundsatz gerade nur da erwähnt werden, wo sie eine Hauptanwendung leiden, und es genügt hier, für die Aufstellung des Standpunkts der C. C. C. dieses zu erinnern, ohne daß wir für unsern Zweck genöthigt wären, weiter in die Untersuchung einzugehen, wie weit solche gelegentlich aufgestellte Principien in einer umfassendern Anwendung gebraucht werden dürfen. Unterscheidet man nach dem Gesetz selbst, übereinstimmend mit den hier zu Grunde liegenden allgemeinern Principien, und dem Römischen Rechte, die Voraussetzungen rechter Nothwehr, und die Bedingungen der Beobachtung ihrer nothwendigen Grenzen, so ergiebt sich, daß nicht jede Nothwehr bis zur Tödtung straflos ausgedehnt werden dürfe, daß aber, im äußersten gerechtfertigten Falle eine dann verübte Tödtung straflos seyn dürfe und müsse. Letzterer Fall interessirt uns hier allein. Die P. G. O. Art. 139. und die Bamberger H. G. O. Art. 164. geben nun zuerst den Grundsatz an, daß

der, welcher in rechter Nothwehr zur Rettung ſeines Leibes und Lebens den unrechten Angreifer entleibe, keine Strafe verwirkt habe,[323]) und ſelbſt nach Art. 145. der P. G. O. und 171. der Bamb. H. G. O. dann nicht, wenn er in ſeiner gerechten Gegenwehr ſtatt des Angreifers einen andern Unſchuldigen aus Verſehen getödtet hätte.[324]) Beide Gerichts-Ordnungen führen nun weiter aus, unter welchen Bedingungen eine gerechte Nothwehr ſtatt finde, und wie und von wem der Beweis derſelben geführt werden ſolle, wobei noch insbeſondere auf die dem concreten Falle angehörigen Unterſchiede aufmerkſam gemacht, und daran die practiſche Belehrung geknüpft wird, daß nicht jede Nothwehr auch das Extrem der Tödtung rechtfertigen könne.[325]) Wir ver-

323) P. G. O. Art. 139. gleichlautend mit der Bamberg. Art. 164. „Item, welcher ein rechte notweer, zu rettung ſeines leibs und lebens thut, unnd jhenen der jn alſo benöttigt inn ſolcher notweer, entleibt, der iſt darumb niemants nit ſchuldig.“

324) P. G. O. Art. 145. u. Bamb. Art. 171. „Item ſo eyner inn eyner rechten bewiſen notweer wider ſeinen willen einen unſchuldigen mit ſtichen, ſtreychen, würffen oder ſchießen, ſo er den nöttiger meynt, treff und entleibt hat, der iſt auch von peinlicher ſtraff entſchuldigt.“ Vergleicht man dieſen Artikel mit dem Note 323. mitgetheilten, nach der Bamberger H. G. O. und mit dem Unterſchied den dieſe im Art. 163., nicht aber die P. G. O. 138. zwiſchen der Befreiung von peinlicher und bürgerlicher Strafe, oder nur von erſterer aufſtellt, ſo findet man hier einen beachtungswerthen practiſchen Unterſchied. Wer in rechter Nothwehr den Angreifer tödtet, iſt in beider Rückſicht frei, er iſt „niemants nit ſchuldig;“ wer aber ſtatt deſſelben einen Unſchuldigen wider ſeinen Willen tödtet iſt nur „von peinlicher ſtraff entſchuldigt.“ Der Grund dieſes Unterſchiedes iſt an ſich, und nach den frühern geſchichtlichen Erörterungen, einleuchtend. Die P. P. O. bedient ſich für beide Fälle, wie die Bamb. der verſchiedenen Bezeichnungen, aber ohne die Vorausſetzung, die ihr allein practiſche Bedeutung giebt.

325) P. G. O. Art. 140 — 143. Bamb. Art. 163 — 170.

weilen aber bei dieser bekannten Lehre um so weniger, jemehr schon früher erinnert ist, daß die Absicht dieser Abhandlung der zu ausgedehnten Behauptung erlaubter Tödtungen eine rechtliche Grenze zu setzen, sich gerade auf die Nothwehr nicht hauptsächlich bezieht, welche vielmehr beinahe die einzige und nothwendige Ausnahme bleibt, in welcher ein Einzelner eine Entleibung, ohne gegen das Gesetz zu fehlen, und ohne die, den Verbrecher charakterisirende Gesinnung verüben kann, folglich von Rechtswegen, nicht aus bloßer Billigkeit von Strafe verschont bleibt.

Andere Fälle außer der Nothwehr.

1) Tödtung wider des Thäters Willen.

§. 96.

Die Ordnung des Rechtsbuchs führt uns auf „ungeverliche entleibung, die wider eines thätters

---

S. insbesondere den Schluß von Art. 142. (167) „Nehmlich ist hierinn zu merken, so eyner der ersten benötigung halb redlich ursach zur notweer gehabt, und doch inn der that nit alle umbstände, die zu eyner gantzen entschuldigten notweer gehören, gehalten hett, ist not gar eben zu ermessen, wie vil oder wenig der thätter zur thatt ursach gehabt hab, unnd daß führther die straff an leib leben oder aber zur buß unnd besserung erkant werd, alles nach sonderlicher radtgebung der rechtverstendigen, als hernach gemelt wirdt wann diese fell gar subtil underscheyd haben, darnach hierinn anderst und anderst, schwerlicher oder linder geurtheilt werden soll, welche underscheyd, dem gemeynen mann verstentlich nit zu erkleren seind.“ Da dieser Art. 142. der mit dem Art. 150. in so naher Beziehung durch seinen Inhalt steht, so werden wir von dieser letzten Stelle später noch bestimmtern Gebrauch machen.

willen geſchicht, auſſerhalb einer notweer.[326]) Das Geſetz handelt hier von dem Gegenſatz einer ganz unverſchuldeten, durch Zufall (casus) bewirkten Entleibung, und der verſchuldeten, jedoch nicht beabſichtigten Tödtung, indem es durch Beiſpiele („Gleichniſſe") dieſen deutlich zu machen ſtrebt. Auch hier wird auf die dem concreten Falle angehörigen Unterſchiede, und die daraus hervorgehende verſchiedene Beurtheilung aufmerkſam gemacht, und auf die Rechtsverſtändigen hingewieſen, welche aus den Hülfsrechten die nähern practiſchen Grundſätze abzuleiten haben. Dieſer Fall, den wir nur deshalb kurz berühren, weil das Syſtem der P. G. O. erläutert werden ſoll, iſt früher nicht beſonders hervorgehoben worden, denn er enthält zwar eine ſtrafloſe, aber nicht ſofort und unmittelbar eine erlaubte Tödtung, und iſt alſo weſentlich verſchieden von den nunmehr zu erwähnenden Tödtungen, welche wirklich oder angeblich erlaubt ſind, ſo daß eine Befugniß zur lebensgefährlichen Handlung behauptet wird. Obige Bemerkung gilt auch von dem Art. 158. angegebenen Falle, „ſo leut tödten, die jr ſinn nit haben" — der gleichfalls dem Zwecke dieſer Unterſuchung fern liegt.

2) Mit ſeinem Willen.

§. 97.

Wichtiger ſind nunmehr für uns die Fälle der letzten Klaſſe, wo weder Nothwehr ſelbſtſtändig, noch Zufall, ſondern ein eigenthümliches Verhältniß zur Entſchuldigung dient.

Wir wollen dieſelben nach der Reihe mit den Worten des Geſetzes angeben, und jedem ſogleich eine nähere Betrachtung widmen. So wie aber der Art. 150. ſelbſt, gleich

326) P. G. O. Art. 146. und Bamberger H. G. O. Art. 172.

dem entsprechenden Art. 175. der Bamb. H. G. O. sowohl in der Ueberschrift,[327]) als im Eingang, eine allgemeine Bemerkung vorausschicken, um anzudeuten, daß keineswegs eine unbedingte Straflosigkeit statt habe — eine Bemerkung die in beiden Artikeln am Schlusse noch weiter auf die entschiedenste Weise begründet wird, so soll auch hier dieses befolgt, und daher das für alle Fälle Gemeinschaftliche vorausgeschickt werden, um daraus theils allgemeine Beschränkungen abzuleiten, theils auf die in jener gesetzlichen verständigen Bestimmung enthaltenen Grenzen, welche dem einen oder andern Falle eigenthümlich sind, einstweilen hinzuweisen.

Allgemeine Bemerkungen.

Beschränkung und Bedingung der Straflosigkeit.

§. 98.

Der Art. 150. eröffnet die Angabe der bedingt gestatteten Tödtungen mit den Worten:

„Item es sein sunst andere mer entleibung die etwa auß unstrefflichen ursachen beschehen, so dieselben ursachen recht und ordentlich gebraucht werden.“

Schon dieß hätte hinreichen sollen, um die Anerkennung zu begründen, daß die nachbenannten Tödtungen nur durch bestimmte Voraussetzungen gerechtfertigt, und innerhalb gewisser beschränkender Bedingungen straflos bleiben sollten. Wäre dieselbe ohne jene Bezeichnung und ohne den wichtigen Nachsatz des Art. 150. (der Bamb. 175.) angegeben, so konnte allenfalls darüber Zweifel obwalten, ob dadurch lediglich auf das Römische Recht verwiesen sey, aus welchen die

327) Die Ueberschrift lautet: „Hernach werden etliche entleibung inn gemeyn berürt, die auch entschuldigung auff jn tragen mögen, so darinn ordentlicher weiß gehandelt wirdt.“

nähern Beſchränkungen zu entnehmen wären, — eine Annahme die durch den Geiſt und durch die Worte des Geſetzes, wie wir gleich ſehen werden, Beſtätigung erhält, oder ob dadurch neue unmittelbar ſelbſtſtändig zu erklärende, folglich bei weitem unbeſchränktere Regeln aufgeſtellt werden ſollten, wie man ohne Grund zuweilen behauptet hat. Aber, wenn ſchon unter jener Vorausſetzung die letztere Anſicht verworfen werden müßte, ſo wird ſie nun vollends widerlegt, durch die ganze Faſſung des Artikels, deſſen größerer Theil ſich darauf bezieht, die Urtheiler zu belehren, daß nach ſehr verſchiedenen Vorausſetzungen, und nur den Kennern des Rechts bekannten Unterſchieden, bald Strafloſigkeit eintrete, bald nicht. Und indem die ungelehrten Urtheiler an den Rath der Rechtsverſtändigen ausdrücklich hingewieſen werden und es ihnen zur Pflicht gemacht wird, nicht gegen das Recht nach ihren eignen unvernünftigen Regeln und Gewohnheiten zu ſprechen, wird die ſchwere Verantwortlichkeit des Richters würdig und eindringlich dargeſtellt, und hauptſächlich gegen den Mißbrauch gewarnt, die Uebelthäter aus falſchem Mitleide der Strafe zu entziehen, und auch hierin liegt ein beſonderer Beweisgrund dafür, daß ſolche Tödtungen in möglichſter Beſchränkung entſchuldigt werden ſollen. Wäre lediglich dem Irthum der Urtheiler, der auch das Gegentheil, die Strafe des entſchuldbaren Todtſchlags, bewirken konnte, zu begegnen, ſo würde auch dieſes mehr hervorgehoben ſeyn; das Geſetz aber faßt, indem es ſich auf früheres Recht bezieht, vorzugsweiſe die Tendenz der Schöppen auf, die Strafbarkeit hier zu leugnen, und ſpricht ſich gegen die noch neuerlich behauptete falſche Richtung ſo entſchieden aus, daß man keine beſſere Ausführung wünſchen kann.[328]) Wir ſind alſo,

328) Beide Artikel P. G. O. 150. und Bamb. 157. ſagen hierüber: — „Die nechſt obgemelte fell alle haben gar viel unterſcheyd, wann die entſchuldigung oder keyn entſchuldigung auff ihnen tragen, das

da die Bedingungen, unter denen ordentlicherweise gehandelt wird, nicht besonders angegeben sind, dadurch auf andere Quellen zurückgewiesen, deren Resultate nur kurz den einzelnen Fällen beizusetzen seyn werden.

---

alles zu lang zu schreiben und zu erkleren wer und dem gemeynen mann auch irrig und ergerlich seyn möcht, wo solches alles inn dieser ordnung solt begriffen werden. Hierumb so dieser sach eyne für den Richter unnd urtheiler kompt, sollen sie bei den rechtverstendigen unnd an enden unnd orten, wie zu end diser unser ordnung angezeygt, radts gebrauchen, und jn nicht eygen unvernünfftig regel oder gewohnheyt darinn zu sprechen machen, die dem rechten widerwertig sein, als je zu zeitten an dem peinlichen gericht bißher beschehen, daß die urtheyler der unterschied jeder sach nit hören und bewegen, das ist ein grosse thorheyt und volgt darauß daß sie sich zu vil maln irren, thun den leutten unrecht, und werden an jrem blut schuldig, so geschicht auch vil, daß Richter und urtheyler die mißthätter begünstigen, unnd jre handlung darauff richten, wie sie jn das recht zu gut verlengen, und wissentlich übelthätter dardurch ledig machen wöllen, vermeynen vielleicht etlich eynfeltig leut, sie thun wohl daran daß sie den selben jr leben retten. Sie sollen wissen, daß sie sich schwerlich darmit verschulden, unnd sein den anklägern vor gott und der welt widerkerung schuldig, wann eyn jeder richter und urtheyler ist bei seinem eydt und seiner seel seligkeit schuldig, nach seinem besten verstehen gleich und recht zu richten, Und wo eyn sach über sein verstentnüß ist, bei den rechtverstendigen, und an enden und orten wie hernach zu end diser unser ordnung gemelt wirdt, radts pflegen, wann zu grossen sachen, als zwischen dem gemeynen nutz und der menschen blut zu richten grosser ernstlicher fleiß gehert, und angekeret werden soll.“ Vgl. Mein System der Crim. R. W. §. 55. Note 55.

Tödtung des Ehebrechers.

§. 99.

Unſer Artikel fährt nun fort:

„als da eyner jemandt umb unkeuſcher werk willen, die er mit ſeinem eheweib, oder tochter übet, erſchlecht, wie vor in dem hundertſten unnd eyn und zwanzigſten artikel des ehebruchs anfahend, Item ſo eyn ehemann eynem andern ꝛc. geſetzt iſt“

Der Artikel, auf den hier verwieſen wird, iſt nicht der 121ſte ſondern der 120.; dieſer handelt vom Ehebruch, jener von der Doppel-Ehe; aber nirgends iſt hier von der Tödtungsbefugniß die Rede.

Dagegen verweiſet der entſprechende Artikel 175. der Bamb. H. G. O. auf Art. 145. welcher nicht nur von dem Ehebruch weit ausführlicher mit Beſtätigung Römiſcher Grundſätze handelt, ſo weit ſie verſtanden wurden, ſondern auch der Befugniß der Tödtung ausdrücklich gedenkt, jedoch auf eine Weiſe die ſowohl an ſich, als auch rückſichtlich des Verhältniſſes der Bamberger H. G. O. und der P. G. O. Carl's V. die Interpretation nothwendig macht.

Beide Criminal-Ordnungen gedenken aber, bei der Lehre der Nothwehr in Art. 142. und 167. dieſes Falles mit den Worten:

„So eyner eynen unkeuſcher werk halber bei ſeinem ehelichen weib, tochter oder andern böſen ſtrefflichen übelthatten fände, und darumb gegen denſelben übelthätter tödlich handlung zwang oder gefengnuß, wie die recht zulaſſen fürnem.“

In jedem Fall alſo, wenn man auch nur den ſehr kurz gefaßten Artikel der P. G. O. aus den andern mit denſelben in Verbindung ſtehenden Beſtimmungen deſſelben Geſetzbuchs zu erklären ſucht, iſt nicht eine unbedingter Tödtungsbefugniß ausgeſprochen, — ſondern theils die tödtliche hand-

lung, neben andern, Zwang und Gefängniß genannt, theils für erstern selbst durch die Worte, wie die recht zulassen, bestimmt auf beschränkende Grundsätze hingewiesen, welche aus andern Quellen zu entnehmen sind. Ferner aber, wenn schon der in Bezug genommene Artikel uns nichts lehrt, so ist doch schon dem Art. 150. ausdrücklich das Erforderniß des „ordentlichen Handelns“ mit der Bemerkung aufgestellt, daß solche Fälle viel Unterschiede zulassen, denen zufolge sie bald straflos seyen, bald nicht. Auch der Ausdruck erschlecht, welcher genau den Todtschlag im Gegensatz des Mordes bezeichnet, so daß letzterer niemals gerechtfertigt werden kann, ist verständig und wohl überlegt gewählt, wie es sich aus andern Fällen desselben und anderer Artikel,[329]) und aus den Römischen Hülfssätzen ergiebt. Haben wir nun schon dadurch für die Art der Handlung eine engere Begrenzung erhalten, so wird es nothwendig theils rücksichtlich der Frage, wem sie nachgesehen werden, theils noch anderer Bedingungen, uns nach weitern Ergänzungen umzusehen, zu denen uns eine Betrachtung des Verhältnisses der P. G. O. zu der Bamberger H. G. O. und zu den Entwürfen den Weg bahnen wird.

Bestimmungen der Bamberger H. G. O.

§. 100.

Wir müssen zu diesem Zweck die hieher gehörige Stelle aus der Bamb. H. G. O. Art. 145. ins Auge fassen.

„Item begriff auch der Eemann den Eebrecher an dem eebruch oder aber So ein Eemann einen andern sein behausung und gemeynschafft mit seinem eeweyb wissenlich verpotten hat, betrit darüber denselben in sollicher überfah-

329) Vgl. Bamb. Art. 145. Art. 163. Ueberschrift 170. P. G. O. Art. 138. 144.

rung, und ſchlecht inn aus hitzigem gemüt darob zu tode, oder auch die Eebrecherin, die peinlich ſtraff wirt jm ſeines billichen ſchmerzenhalb überſehen“ —

Zuerſt ſtellen wir als keinem Zweifel unterworfen feſt, daß dieſe Beſtimmung nicht von dem Vater im Verhältniß zu der ſchuldigen Tochter ſpricht, rückſichtlich deſſen, alſo wieder andere Hülfsſätze zur Anwendung kommen, ſondern daß hier lediglich von dem Ehemann die Rede iſt. Das Geſetz drückt ſich ſo aus, daß man wohl geneigt ſeyn könnte, anzunehmen, es werde ihm nicht ein Recht zur Tödtung eingeräumt, ſondern nur, wenn er in hitzigem Gemüth das Aeußerſte that, dieſes verziehen, — ſeines gerechten Schmerzes wegen.

Betrachten wir nun was hier in Anſehung des Mannes verordnet wird, näher, ſo ergeben ſich bedeutende Abweichungen von den ſonſtigen Grundſätzen. Die Beſchränkungen rückſichtlich der Perſonen, welche der Mann, wegen Ehebruchs, in ſo fern er ſie auf der That betritt, umbringen darf, ſind hier nicht genannt, dagegen wird erfordert, daß die Tödtung in der Aufwallung gerechten Zorns geſchehen ſey, ein Erforderniß, welches zwar auch ſonſt das Römiſche Recht aufſtellt, auf welches aber beſonders Werth gelegt wird, ſo fern eine ſonſt nicht entſchuldbare Tödtung an dem Schuldigen des Ehebruchs verübt wurde, die dadurch ſtraflos oder in einem mindern Grade ſtrafbar werden kann. Der Fall aber, daß der Ehemann, dem der ehebrecheriſche Verkehr ſeiner Frau nicht entgangen iſt, dem Frevler dieſen unterſagt hat, und dadurch berechtigt wird, denſelben im Betretungsfalle zu tödten, iſt aus dem ſpätern Römiſchen Recht entlehnt, das hier gewöhnlich gar nicht erwogen wird. 330)

339) Nov. 117. Cap. 15. — „His quoque, illud adjicimus, ut si quis forsan suspicatur aliquem velle suae uxoris illudere castita-

Aber es ist zweckmäßig, gegen den Mißbrauch zu dem die Römische licentia Anlaß geben könnte, die doppelte wichtige Beschränkung beigefügt, daß der Gewarnte nicht blos überhaupt gegen das Verbot bei der Frau, sondern daß er in der „Ueberfarung“ betreten, und der Ehemann in „hitziger Gemüthsstimmung“ gewesen seyn müsse.[331])

Verschiedene mögliche Ansichten über das Verhältniß der Bamb. H. G. O. zur P. G. O.

Erste Ansicht.

§. 101.

In Ansehung des von den Projecten abweichenden Inhalts der P. G. O. könnte man nun folgende drei Ansichten vertheidigen wollen:

1) Indem die P. G. O. an der Stelle, wo davon in den Projecten am ausführlichsten die Rede war, nehm-

---

ti, et contestationes ei ex scripto tres destinaverit, habentes testimonia trium virorum fido dignorum, et post has tres contestationes invenerit eum convenientem suae uxori: si quidem in sua domo, aut ipsius uxoris, aut adulteri, aut in popinis, aut in suburbanis: esse licentiam marito propriis manibus talem perimere, nullum periculum ex hoc formidanti.“ Wie leicht das hier vorgeschriebene Verfahren, auf den Grund eines bloßen Verdachts, gemißbraucht werden konnte, um einen Feind absichtlich bei einer, wenn schon nach den vorhergegangenen Warnungen, nicht unschuldigen, und auf jeden Fall tadelnswerthen, jedoch nicht nothwendig ehebrecherischen Zusammenkunft zu überraschen und zu tödten, bedarf keiner Ausführung. Vielleicht ist eben darum auch jene Bestimmung von den Schriftstellern und Praktikern des gemeinen Rechts weniger berücksichtigt worden. S. über die Dogmengeschichte Zeithopf l. c. Diss. I. §. XIV. XV. ꝛc.

331) Vgl. oben Note 93. 100. und §. 68. und Wächters Lehrbuch §. 214. Note 69. c.

lich in dem Artikel vom Ehebruche, des Tödtungsrechts nicht gedenkt, und nicht ſowohl die daſelbſt aufgeſtellten Beſchränkungen, als die Angabe des Rechts der Tödtung ſelbſt abſichtlich geſtrichen wurden, — ſo ſollte jene Befugniß abgeſprochen werden, und es müßte dann deren Erwähnung im Art. 150. der ſich auf den Art. 121. (120.) bezieht, in welchem nichts davon ſteht, für ein Verſehen gehalten werden. Freilich kann entgegnet werden, es ſey umgekehrt aus Verſehen in dem Artikel vom Ehebruch davon zu ſprechen unterlaſſen worden, und überhaupt müſſe der Art. 150. (in Verbindung mit 142.) wo von den entſchuldbaren Tödtungen nicht eigentlich die Rede ſey, um ſo mehr aus ſich ſelbſt und den andern genannten Hülfsquellen erklärt werden, als er theils auch des Rechts des Vaters gedenkt, während in dem in Bezug genommenen Artikel des Projects, nur der Ehemann genannt iſt — theils auch in dem Art. 150. noch andere Fälle bedingt ſtraſloſer Tödtungen, ohne Bezugnahme auf andere Artikel vorkommen, in welchen davon auch hätte, ſo gut wie bei dem Ehebruch in der Bambergenſis, gehandelt werden können. Man könnte aber dagegen geltend machen, daß, wie überhaupt die Tödtungsbefugniß in möglichſter Beſchränkung genommen, ſo auch dieſer Artikel ſtreng ausgelegt werden müſſe, daß auch das Weglaſſen des Tödtungsrechts in Anſehung eines Geächteten, (den die Bamb. H. G. O. nennt, ſo wie ohne allen Grund manche neuern Compendien) nicht ein Verſehen, ſondern abſichtlich ſey, daß wenn ein Zweifel entſteht, wo das Verſehen liege, in dem Weglaſſen in Art. 120. oder in dem Erwähnen im Art. 150., der ſo ſehr eindringlich ſich gegen unbefugte Tödtungen erklärt, man lieber und ſicherer anzunehmen habe, die Tödtungsbefugniß ſey entzogen, als ſie ſey künſtlich hinein zu intrepretiren, und alles dieſes könnte man noch dadurch unterſtützen, daß die Carolina den Begriff

des Ehebruchs erweitert, dagegen nicht, wie die Bambergensis unbedingt die Strafe der Enthauptung droht, sondern allgemein rücksichtlich beider Schuldigen auf die Sage der Vorfahren, und das kaiserliche Recht verweise, wie schon nach früherer Gewohnheit mancher Orte eine gelindere Strafe eintritt,[332]) mit welcher eine Tödtungsbefugniß nicht wohl vereinbar sey. Diese Gründe würde ich glauben geltend machen zu können, wenn ein ganz neues Gesetz im Sinn unserer Zeit, wo veränderte Sitte herrscht, und der historische Zusammenhang meist losgerissen ist, auszulegen wäre. Allein, da wir uns rücksichtlich des Inhalts und der Behandlung der P. G. O. völlig auf historischem Boden befinden, stehen zu erhebliche Gründe entgegen, und es bleibt nur die Wahl zwischen den beiden gleich zu prüfenden Ansichten, die darin übereinkommen, daß sie die Tödtungsbefugniß, durch das Gesetz selbst, auch ferner, obschon nicht unbedingt, annehmen.

Zweite Ansicht.

§. 102.

2) Der Gesetzgeber wollte die Tödtungsbefugniß unter den Bedingungen gestatten, die das Römische Recht vorschreibt. Das Hinweglassen der Beschränkungen der Bamberger H. G. O. — namentlich das Erforderniß des Affekts — ist absichtlich, und zwar damit ungehindert das Römische Recht Anwendung finde. Denn die Verweisung auf „die recht“ in Art. 142. kann natürlich nicht auf die Projeckte oder die Bambergensis bezogen werden, weil diese weder der Form nach, gemeines Recht waren, überhaupt keine Quellen

332) Vgl. auch über das Dogmen-Geschichtliche de Böhmen Med. ad CCC. 120.

sind, aus denen der Gesetzgeber zu schöpfen gebieten konnte, und weil sie im Art. 145. nirgends die gemeinrechtlichen Beschränkungen aufstellt, die sie selbst Art. 167. und die P. G. O. 142. enthält: „tödtlich handlung oder zwang oder gefengniß wie die recht zulassen.“

Diese Ansicht, welche besonders Feuerbach[333]) vertheidigt, hat viel für sich. Dadurch würde nicht die Tödtung jedes Ehebrechers und der Ehebrecherin, im Affecte, entschuldigt, sondern es müßten vorzüglich die für den Stand des Verbrechers aufgestellten Bedingungen im Verhältniß zu dem Mann eben so gelten, wie in Ansehung des Vaters es bei dem alten Recht bleibt, aber es würde auch nicht der Affect selbst gefordert, meint Feuerbach, wenn nur die übrigen Bedingungen vorhanden sind. Wenn aber hiegegen Wächter[334]) erinnert, daß die P. G. O. auf die Römischen Beschränkungen jenes Rechts nirgends hindeute, und doch zugleich, wie ich glaube mit Grund, bemerkt, man müsse die Artikel der Bamb. 167. u. der P. G. O. 141. 150. combiniren, so muß ich bekennen, daß ich mich von dem Grunde jener Behauptung nicht zu überzeugen vermag, denn allerdings wird, theils durch ausdrückliches Berufen auf die Rechte, theils durch die Bemerkung, daß alle die in Art. 150. gemeldeten Fälle viel Unterschiede hätten, das Römische Recht in Bezug genommen. Auch erkennt ja Wächter an, daß was die C. C. C. in Artikel 142. sage, auch der wörtliche Inhalt der Bamb. H. G. O. Art. 167. sey, und gerade dieser spricht von dem Römischen Recht — der Tödtung, oder Zwang, oder Gefängniß — und deutet zugleich an, daß von diesen Alternativen nicht ausschließend zur Tödtung geschritten werden dürfe. In welchem Falle

333) Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 383. Not. d.
334) Wächter a. a. O. §. 214. Note 69. c.

aber dieſe zuläßig ſey, oder nicht, ſo daß nur die andern Maaßregeln der Selbſthülfe gerechtfertigt werden, dieß iſt lediglich aus dem Röm. Recht zu entnehmen. Und auf die fernere Bemerkung Wächters, daß dadurch für uns jenes Recht meiſt unpracktiſch werde, namentlich wegen veränderter Verhältniſſe der väterlichen Gewalt, und weil die ſonſtigen auf Standesverhältniſſe ſich beziehenden Unterſchiede bei uns nicht vorkommen, entgegne ich — deſto beſſer, daß ein ſo ſehr mit beſſerer Sitte und dem Recht chriſtlicher Staaten unverträgliches Recht nicht mehr gegründet iſt. Daß die P. G. O. öfters aus Mißverſtändniß auf, für ihre Zeit unanwendbare Grundſätze des kaiſerlichen Rechts verweiſet, iſt nicht unbekannt. Sie überläßt es aber den Rechtsverſtändigen, das Recht ſo zu weiſen, wie es für uns practiſch ſeyn kann, wodurch dann die durch Praxis und Gewohnheit ſelbſt eingeführten Beſtimmungen zur Anwendung kommen. Gewiß wird dann der Affect nach Umſtänden als Grund der Strafmilderung oder gänzlicher Strafloſigkeit geltend gemacht werden, ſogar wenn die übrigen Erforderniſſe nicht ſtreng beobachtet ſind.

Im Reſultate muß ich aber doch wieder mit den Meiſten und mit Wächter darin übereinſtimmen, daß nur die Tödtung im „Affect“ nicht die ruhig überlegte entſchuldigen könne (nicht ſtets müſſe), wobei aber natürlich nicht die Rede iſt, von einem ſolchen Grade des Affects, der alle Zurechnung und Strafbarkeit aufhebt, denn dieſes gehört in ein ganz anderes Gebiet — ſondern wo die Aufwallung des Zorns ſtatt fand, welche — wie ſehr auch die Freunde des Wahnſinns ſich opponiren — doch die Zurechnung überhaupt nicht aufhebt, ſo daß hier der Grund der Entſchuldigung allerdings im Verhältniß des Verbrechers zu ſuchen iſt. Aber wir ſind nicht genöthigt, den Affect aus dem hinweggelaſſenen Art. 145. der Bambergenſis, die von ei-

nem andern Falle, dem der Novelle 117. Cap. 15. spricht — aufzunehmen, — das Erforderniß liegt bestimmt schon im Römischen Recht (impetus im Gegensatz des propositum) und in dem sehr bezeichnenden, hier öfters gebrauchten Worte „erschlecht“ in den einheimischen Quellen.

Dritte Ansicht.

§. 103.

3) Die noch mögliche und von den Meisten vertheidigte Ansicht, daß die P. G. O. ohne alle Beschränkungen dem Ehemann oder Vater die Tödtung der Ehebrecherin, oder des Ehebrechers jeder Art gestatte, so fern die erforderliche „Hitze des Gemüths“ nur nicht fehle, — wodurch eine, dem Recht der Zeit widersprechende ungemeine Ausdehnung der Befugniß ausgesprochen wäre, glaube ich bei Gelegenheit des vorigen Falles widerlegt zu haben; und indem ich geneigt bin anzunehmen, daß zu den frühern Beschränkungen in größerer Bestimmtheit das Erforderniß des Affekts hinzukomme, wird das Resultat seyn, daß solche Tödtung höchst selten straflos seyn kann, daß sie überhaupt weniger erlaubt, als eben nur entschuldigt werde — und ein eigenthümliches Recht zu tödten nicht weiter bestehe, sondern nur für den Gekränkten, den sein gerechter Zorn zur unglücklichen That verleitete, ein Anspruch auf billige Berücksichtigung seiner Lage gegründet sey, wonach dann das Urtheil nach den Grundsätzen zu fällen ist, welche am Schluß des Art. 150. so schön aufgestellt sind.[335])

335) S. oben Note 328. Vgl. überhaupt Mein System §. 145. und Note 55.

Schlußbemerkung.

§. 104.

Noch eine allgemeine Bemerkung veranlaßt das Verhältniß der Art. 167. zu 175. der Bamberger H. G. O. und 142. zu 150. der P. G. O. In beiden werden zwar die nehmlichen Fälle aufgezählt; bald in so fern sie die Behauptung rechtmäßiger Nothwehr widerlegen, oder beschränken, bald so fern sie selbst zuweilen eine strafloſe Tödtung begründen können. Dennoch ist ein Unterschied aus der Bestimmung beider Artikel nicht außer Acht zu lassen. Daß sie einander geradezu entgegengesetzt werden, daß nehmlich, nachdem überhaupt von der Strafloſigkeit gerechter Nothwehr gehandelt ist, dieselben Fälle theils erwähnt werden, als Gründe die eine gerechte Nothwehr ausschließen, theils als Gründe, die eine Befugniß zur Tödtung unter gewissen Beschränkungen eintreten lassen — steht zwar zunächst nicht entgegen, beide Gesichtspunkte zu verbinden. Allein der Art. 142. (resp. 167.) auf den man sich vorzugsweise bezieht, setzt die andern Tödtungen, nicht neben die Nothwehr, sondern stellt sie ihr entgegen, indem hier der Todtschläger in Nothwehr gerade eine solche Person ist, welche dem Entleibten Anlaß gegeben hat, gegen sie tödtliche Handlung, Zwang oder Gefängniß, nach dem Rechte vorzunehmen. Wenn es nun gleich richtig ist, daß ein Ehebrecher, der statt sich todtschlagen zu lassen, den Andern getödtet hat, sich mit Grund wegen seiner Schuld auf das Daseyn der Voraussetzungen rechter Nothwehr nicht berufen kann, so folgt doch daraus nicht umgekehrt, daß er unter jeder Bedingung hätte getödtet werden dürfen. Zugegeben, daß die Gesetze dem Andern gestatten, ungestraft den betretenen Ehebrecher umzubringen — wenn er kann — so verpflichten sie doch nicht diesen, sich der Rache des Andern ruhig und unthätig zu unterwerfen, und eine Gegenwehr, auf die der Andre sich ohnedem gefaßt machen muß, bleibt ihm natürlich unbenommen, nur muß er deren Folgen vertreten. Gelingt es ihm, ohne Verletzung des zur

Rache Berechtigten zu entkommen, so trifft ihn nur wegen seines frühern Vergehens, nicht aber regelmäßig wegen der Selbstvertheidigung eine Strafe (ausgenommen den Fall der Widersetzung gegen obrigkeitliche Diener); tödtet er ihn, so mag er sich nicht auf Nothwehr berufen, um deshalb straflos zu bleiben, sondern er wird, nach Beschaffenheit der Umstände, mehr oder minder gestraft werden; selbst die volle Strafe des Todtschlags kann er verwirken, was der Art. 142. am Schluß ausführlich mit den Gründen entwickelt. Mehr aber darf man aus diesem Artikel, der die Bedingungen rechter Nothwehr entwickelt, nicht schließen; insbesondere kann nicht daraus die Behauptung gerechtfertigt werden, daß, wo ein Verhältniß vorhanden ist, welches die Einrede, oder vielmehr das qualificirte Geständniß des Todtschlags in Nothwehr aufhebt, umgekehrt der Todtschläger hätte völlig ungestraft entleibt werden dürfen.

Diese Bemerkung, die besonders durch die zu weite Ausdehnung veranlaßt ist, welche man hie und da jenen Artikeln gegeben hat, gilt auch für einige der jetzt weiter zu betrachtenden Fälle des Art. 150.

Tödtung zur Rettung Anderer.

§. 105.

Dieser Artikel fährt fort:

„Item so eyner zu rettung eynes andern leib, leben oder gut jemandt erschlecht.“

Hier haben wir es mit einer unmittelbaren Anwendung der Nothwehr zu thun, die, ihre Bedingungen vorausgesetzt, keineswegs darauf beschränkt ist, daß Jemand seine Person und Rechte allein, sondern auch daß er die anderer Personen gegen widerrechtliche Angriffe zu vertheidigen befugt, ja, wenn wir auch von einer moralischen Pflicht absehen wollen, durch besondere Verhältnisse zu schützen verpflichtet seyn kann.[336])

336) Schutzverhältnisse überhaupt gegründet in der Ehe, vä-

Von den besondern Anwendungen mögen nur einige aus den Quellen selbst hervorgehoben werden.

Die Art. 144. der Bamberger und 119. der P. G. O. sprechen bei Gelegenheit der Nothzucht von dem Fall, daß sich die fraw oder jungfraw des benöthigers[337]) erwert, oder von solcher beschwernuß sunst erreth wird.“ Zunächst wird hier vorausgesetzt, daß der Uebelthäter am Leben blieb, denn es wird weiter über seine Bestrafung verordnet — aber uns interessirt nur daß hier die Befugniß Dritter (wie natürlich) anerkannt ist, ihr zu Hülfe zu eilen, und wenn dann der Frevler seine Gewalt weiter forttreibt, und im Nothstand erschlagen wird, so ist dieses ein Fall, der unter den Art. 150. gehört.

Die Artikel 143. der Bamb. und 118. der P. G. O. welche von der Entführung handeln, gedenken nicht der im spätern Römischen Recht, den Vorgesetzten der zu Ent-

---

terlicher Gewalt ꝛc., Herrschaft, Wachen, Sauvegarden, sind hieher zu zählen, aber sie erschöpfen nicht die Fälle; das Princip der Nothwehr ist so umfassend, daß es auch auf Dritte Anwendung findet, aber es kann dadurch natürlich nichts an den übrigen Bedingungen geändert werden. S. Gerstlacher a. a. O. Bd. X. S. 23. 27 ꝛc.

337) In einer sehr wohlwollend geschriebenen Beurtheilung meines Systems der Crim. R. W. in der Leipziger Literatur-Zeitung 1829. Nr. 160. S. 1273 — 1279. mißbilligt der Rezensent daß ich statt Nothzucht — Nöthigung sage. Obgleich die P. G. O. selbst den ersten Ausdruck braucht, darf ich mich doch zu meiner Rechtfertigung darauf beziehen, daß sie und die korrespondirenden Artikel der Bamb. und Brandenburg. auch der Ausdrücke: Benöthiger und Benöthigte, sich bedienen. Im Vorbeigehen will ich denn auch bemerken, daß ich wohlbedacht — Kindertödtung und nicht Kindermord gesagt habe, nicht nur weil die P. G. O. Art. 131. u. Bamb. Art. 156. vergl. mit P. G. O. Art. 35. und Bamb. 35. das Wort tödten brauchen, sondern auch weil der Ausdruck — Kindertödtung, den Mord, Todtschlag, und die culpose Tödtung umfaßt, während man doch nicht von einem culposen Kindermord reden kann.

führenden geſtatteten Tödtungsbefugniß, ohne daß dieſe dadurch aufgehoben iſt. So fern ſie unter den Bedingungen rechter Nothwehr ausgeübt wird, haben wir hier eine weitere Anwendung der eben aufgeſtellten Regel.[338])

Daſſelbe muß von dem Menſchenraub angenommen werden, obgleich hier, weil überhaupt die Grundſätze der Nothwehr, auch zum Schutz Dritter zur Anwendung kommen, weder die C. C. C. noch das Römiſche Recht eine ausdrückliche Verordnung enthalten.[339])

Unzurechnungsfähigkeit.

§. 106.

„Item ſo leut tödten die ir ſinn nit haben.“

So wie wir dieſen Fall bereits remiſſiv berührt haben, ſo paßt er auch weder hier, noch in der Bamberger H. G. O. zu der Ueberſchrift — von Entleibungen die auch entſchuldigung auff jn tragen mögen, ſo darinn ordentlicher weiß gehandelt wirdt, — und zu der Einleitung und dem übrigen Inhalt des Artikels. Denn der Grund der Strafloſigkeit, der hier ohne weitere Unterſcheidungen ſtatt finden muß, ſobald nur erweislich der Thäter unzurechnungsfähig war, iſt ein allgemeiner, der nicht auf Tödtungen beſchränkt iſt, und bezieht ſich dann nicht auf eine Eigenthümlichkeit der Handlung, unter gewiſſen, im beſondern Falle dieſelbe entſchuldigenden Verhältniſſen, ſondern darauf, daß alsdann

338) S. oben §. 36. 69.

339) Es ſind dieſes die drei die Perſönlichkeit unmittelbar afficirende Verbrechen, von denen auch die beiden erſten (das dritte iſt aus dem Römiſchen Recht zu ergänzen) nebeneinander in den Quellen genannt werden, und deren Zuſammenſtellung im Syſteme ſich ſowohl hiſtoriſch, als nach ihrem Begriff, als nothwendig zeigt. Mein Syſtem §. 217. und Note 76.

der Erfolg eine blos mechanische Thätigkeit des Unglücklichen, keine Handlung, also auch keine verbrecherische ist. Da dieser Fall also nicht selbstständiger Gegenstand unserer Betrachtung ist, so will ich auch nicht hier die Gelegenheit wahrnehmen, über die Zurechnung, und die hier bis Unfug getriebenen Mißbräuche im Annehmen angeblicher Unfreiheit mich noch weiter auszusprechen.[340])

Tödtung des zu Verhaftenden.

§. 107.

„Wer so einem jemandt vom ampts wegen zu fahen gebürt, der unziemlichen frevenlichen und förglichen widerstand thut, und derselbig widersässig darob entleibt würde.“

Dieser Fall, in welchem nicht sofort, sondern erst durch ein von Seiten des sich Widersetzenden herbeigeführtes weiteres Gewaltverhältniß, eine Tödtung entschuldigt wird, ist seinen Voraussetzungen nach zwar von der Nothwehr wesentlich verschieden, aber er kann durch die widerrechtliche Gewalt des Gegners derselben sehr ähnlich werden, ja in Nothwehr übergehen, und es wird nicht nur, wenn dieses geschieht, also wenn der Widerstrebende „förglichen Widerstand“ lebensgefährliche Gegengewalt leistet, alles nach den Grundsätzen der Nothwehr, in welche hier der Amtsdiener, oder Soldat ꝛc. versetzt wird, beurtheilt werden müssen, sondern auch davon abgesehen, wird überhaupt nach analogen Grundsätzen zu entscheiden seyn, wie viel Gewalt von Seiten des Dieners rechtmäßig sey, um seinen Auftrag auszuführen.[341])

---

340) Vgl. Feuerbachs vortreffliche Erörterungen im zweiten Band seiner actenmäßigen Darstellung merkwürdiger Verbrechen P. 241 — 273.

341) Dieß ergiebt sich auch aus den entsprechenden Worten der Bamb. H. G. O. Art. 142. „oder dem entleibten hett gebürt den verklagten todtschläger, von

Denn, ſo wie bei der Nothwehr nicht gröſsere Gewalt geſtattet iſt, als deren Begriff der Wehr und Vertheidigung erfordert, ſo iſt auch hier jedes Uebermaaß ſtrafbar, wenn der Zweck mit geringem Kraftaufwand erreicht werden konnte. Was dort die Vertheidigung des Lebens iſt, das höhere Recht, welches ſelbſtſtändigen Anſpruch auf Schutz macht, das iſt hier das Recht, und die Pflicht der Vollziehung des rechtlichen Befehls, die ebenfalls ihre nothwendige objecktive Seite hat, welche gegen Widerſtand, ſo viel es nöthig iſt, geltend gemacht werden muß. Es wird zunächſt auf die Inſtruction des Gerichtsdieners ꝛc. ankommen, dem in der Regel die Verhaftnehmung mit der möglichſten Schonung zur Pflicht gemacht iſt, und gewöhnlich iſt noch näher beſtimmt, wann Gebrauch von den Waffen gemacht werden dürfe. Ein analoger Fall, der jedoch noch einen andern, nicht lediglich dem Rechtsgebiet anheimfallenden Geſichtspunkt darbietet, iſt der, wenn gegen eine widerſpenſtige Volksmaſſe bei einem Aufſtand die bewaffnete Macht zu Hülfe gerufen, und wenn dieſe nach Verleſung der Aufruhr-Akte, oder nach ſolchen bei uns üblichen Maaßregeln, welche dieſer entſprechen, gegen diejenigen thätig handelt, welche in ihrem Ungehorſam beharren. Von jenem Fall iſt aber bereits früher das Erforderliche bemerkt werden, und es genügt hier, das für uns practiſche Reſultat zu bemerken, daß allerdings auch jetzt eine ſolche Tödtung ſtraflos ſeyn kann, wenn noch die nähere Umſtände des Vorfalles ergeben, daß darin ordentlicherweiſe gehandelt ſey. [342])

Unter dieſen Geſichtspunkt iſt dann auch der Fall zu ſtellen, wenn, was bei uns ſelten geſchieht, eine öffentliche Aufforderung ergeht, einen gefährlichen Menſchen, an deſſen

---

ampts wegen zu fahen, unnd die notturfft erfordert jn mit waffen ſolcher gefengnuß halb zu bedrohen, zwingen unnd nöttigen, daß er alſo inn recht zuleſſiger weiß gethon hett.“ S. auch §. 264.

342) S. oben §. 13 ꝛc. und §. 93 ꝛc.

Unschädlichmachung alles gelegen ist, lebend oder todt zu liefern.

Des Echters.

§. 108.

Diesen bisher erwähnten Fällen fügt die Bambergensis Art. 175. hinzu:

„Item so yemand ein Echter entleybet“

In dem entsprechenden Artikel der P. G. O. 150. ist dieser Fall absichtlich hinweggelassen. Daß er aber in Art. 167. der Bamb. und 142. der P. G. O. nicht steht, läßt sich nach den verschiedenen Bestimmungen dieser Artikel im Verhältniß zu den andern eben angeführten wohl erklären, und kann keinen weitern Beweis für die Ansicht geben, die ich nur aus letztern und aus andern früher entwickelten historischen Gründen aufstelle, daß zur Zeit der P. G. O. die Befugniß einen Geächteten zu tödten, keineswegs mehr unbedingt freistand. Dafür bietet aber auch noch eine interessante Abweichung eines andern Artikels der P. G. O. nehmlich Art. 155., von dem Art. 180. den Bamberger, einen unterstützenden Grund dar. Beide Artikel bestimmen gleichlautend[343]) daß ein Verhafteter, welcher in Mordacht sich befände, zur Ausführung seiner Entschuldigung, ohner-

---

343) P. G. O. Art. 155. So eyner inn der Mordacht wer, inn gefengnuß kem unnd sein unschuld außfüren wollt. — „Item so eyner inn gefengnuß kem, der davor inn die mordtacht erkeunt wer, wie an etlichen orten gewohnheyt, unnd in der gefengnuß sein entschuldigung, wie in den vorgemelten artikeln von den entschuldigungen gesagt ist, auß zu füren sich erböte, der soll unangesehen, daß er bevor inn die mordtacht erkannt wer, mit bestimpter außfürung zugelassen werden.“

achtet der Mordacht, gelaſſen werden müſſe. Aber während die Bamberger der Mordacht ſchlechthin gedenkt, fügt die P. G. O. zu den Worten: „der (beſſer als die Bamberger oder) davor inn die mordacht erkannt wer“ hinzu: „wie an etlichen orten gewohnheyt“; zum deutlichen Beweis, daß dieſe Mordacht ſelbſt, mit ihren Folgen, nicht mehr gemeines Recht ſey, und nicht als ſolches anerkannt werde. Man muß damit die vielen Artikel vergleichen, wo auf gemeines Herkommen im Gegenſatz von dem etlicher Orten hingewieſen wird.[344]) Beide Ordnungen ſtimmen nun darin überein, daß an die Stelle anderer, ſonſt mit der Acht verbundenen Folgen, ein rechtliches Beweis- und Unterſuchungsverfahren eintreten ſolle, deſſen weitere Folgen, wie ſie auch für den Gefangenen ausfallen mögen, als rechtliche und als Ausſpruch der öffentlichen Gerechtigkeit einen ganz andern Charakter haben. Denn des Verfahren bei der Mordacht iſt zwar, gegenüber dem frühern Achtsprozeß, und der wegen politiſchen Vergehen ausgeſprochenen Acht und der Acht von Kaiſer und Reich, ſelbſt in der Art wie es die Bamberger H. G. O. aufſtellt, ein gerichtliches, aber doch wieder von dem gewöhnlichen peinlichen verſchieden, und wo dieſes nicht mehr der Fall iſt, bietet es keinen ſelbſtſtändigen Geſichtspunkt dar und rechtfertigt dann auch nicht eine Tödtung. Beſtimmter für unſre Anſicht ſpricht dann noch, daß die Verhängung der Mordacht, wie ſie noch die Bambergenſis kennt[345]) und die Geſetze über das Ver-

344) Z. B. Art. 107. 126. 131. 133. 162. und die entſprechenden Art. des Bamb. H. G. O. auch Art. 146.

145) Bamberger H. G. O. Art. 241. In die acht czu ſprechen — „N. Als Du mit urteyln unnd recht zu der mordtacht erteylt worden biſt, alſo nym ich dein leyb und gute auß dem fride, und thu ſie in den unfride, und kunde dich erloß und rechtloß, und kunde dich den vögeln frey in den lüfften und den thiern in dem walde, und den viſchen

fahren bei der Mordacht — der eigentliche Achtsprozeß,[346]) in der P. G. O. gänzlich weggelassen sind. Wichtig ist dieses auch besonders deshalb, weil sich daraus ergiebt, daß die früher erwähnten Abweichungen der P. G. O. Art. 150. und 155. von den entsprechenden Artikeln 175. und 180. der Bamberger H. G. O. nicht auf bloßen Versehen beruhen, sondern wohlbedacht verfügt worden sind. Indem wir auf die geschichtliche Erörterung zurückweisen[347]) genügt hier das Resultat, daß diese Anwendung der Entschuldigung einer Tödtung mit ihrer Voraussetzung schon durch die P. G. O. wegfällt, und daher mit Unrecht jetzt noch, vollends nach aufgelöseter Reichs-Verfassung, als bestehend angeführt wird.

Des Nachtdiebes.

§. 109.

Beide Gerichts-Ordnungen fahren weiter fort:

„Item so jemandt eynen bey nechtlicher weil geverlicher weiß inn seinem hauß findet unnd erschlecht.“

Wir haben früher bemerkt, daß, wenn gleich die ältern einheimischen Rechte aus selbstständigen Gründen die Tödtung des Nachtdiebes, wiewohl später auch nicht unbeschränkt

---

im wasser, und solt auff keiner strassen, noch in keiner muntat die Keyser oder König gefreyet haben, ninndert friden noch gleyt haben, Und künde alle deine lehen, die du hast, jrn herren ledig und loß, und von allen rechten, inn alles unrecht, Und ist auch allermeniglich erlaubt, über dich, das nimant an dir freveln kan noch solle, der dich angreyfft.“ — Später tritt ein anderes Ungehorsams-Verfahren ein, aber das Contumacial-Erkenntniß schließt so wenig, wie die Acht, ein späteres ordentliches Verfahren, wenn dieses möglich ist, aus, und letzteres ist unter dieser Voraussetzung sogar nothwendig.

346) Bamb. H. G. O. Art. 182. 231 — 249.

347) S. oben §. 73.

geſtatten, doch zur Zeit der Abfaſſung der P. G. O. die Beurtheilung der Zuläßigkeit der Tödtung des Diebes nach den Grundſätzen des Römiſchen Rechts erfolge. Dieß wird jetzt wohl ziemlich allgemein erkannt, ſeitdem der Hauptvertheidiger der Anſicht, daß die P. G. O. unbedingt die Tödtung des nächtlichen Diebes geſtatte,[348]) dieſes zurückgenommen, und ſich dadurch der richtigen Meinung, die längſt Vertheidiger hatte, angeſchloſſen hat, daß die Beſchränkungen des Römiſchen Rechts hier zur Anwendung kommen müſſen.[349]) Die P. G. ſelbſt weiſet hierauf ſowohl ihrem Verhältniß nach, zu dem gemeinen Recht, als auch durch die Wortfaſſung, welche den Röm. Hauptſtellen entſpricht, noch mehr aber durch den früher (§. 93 ꝛc.) entwickelten Schlußſatz des Art. 150. darauf hin, in dem ſie alle bisher gedachten Tödtungen als ſolche bezeichnet, welche nach Verſchiedenheit der Vorausſetzungen und der Handlungsweiſe ſtraflos ſeyn können, oder Strafbarkeit begründen, ohne zu Gunſten jener eine Vermuthung aufzuſtellen. Hiernach kommen nun, ſowohl gegen den nächtlichen, als den am Tage betretenen Dieb, unter den früher dargeſtellten Umſtänden, die Grundſätze der Nothwehr in Betracht.[350])

Durch ein ſchädlich Thier.

§. 110.

Endlich gedenken noch beide G. O. des Falles:
„oder ſo eyner ein thier hat, das jemandt

348) Feuerbach's Lehrbuch ꝛc. §. 322. der früheren Ausgaben.

349) Feuerbach's Lehrbuch §. 322. der neunten ꝛc. Ausgabe.

350) Vgl. oben §. 28 ꝛc. u. §. 67 ꝛc. Uebrigens iſt es nicht richtig, wenn zu dieſer Stelle Gerſtlacher ꝛc. Bd. XI. S. 2791 bemerkt: es müſſe nicht grade ein Dieb ſeyn, ſondern es gehe auch auf die ſich einſchleichenden Ehebrecher, Entführer, Verräther ꝛc. denn deren Tödtung hat auch noch beſondere Erforderniſſe, wenn ſie rechtmäßig ſeyn ſoll.

tödtet, und er dergleichen böſßheyt davor von dem thier nit geſehen oder gehört hat, wie hievon in dem hunderten und ſechs und dreiſſigſten (Bamb. in dem hunderten und ein und ſechszigiſten) Artikel, anfahend. Item hat eyner eyn thier davon geſetzt iſt“

Wir berühren dieſen Fall nur kurz, weil er nicht unmittelbar zu dem Gegenſtand unſerer Betrachtung gehört. Eine ſelbſtſtändige Strafe würde den Herrn des Thiers, wenn er die gefährliche Eigenſchaft deſſelben kannte, beſonders wenn er deshalb vorher gewarnt worden wäre, in der Regel nur wegen ſeiner groben Fahrläßigkeit treffen können: laſtet kein Vorwurf auf ihm, ſo iſt er nicht verantwortlich. Die wichtigſte Anwendung würde ſich bei Perſonen darbieten welche wilde Thiere zur Schau öffentlich umherführen, oder ausſtellen, weshalb hier ohnedem beſondere polizeyliche Aufſicht erfordert wird.[351]) Uebrigens ſind die Artikel, welche hier aus der Bamb. und der P. G. O. in Bezug genommen werden, von einander einigermaßen abweichend, und mögen daher einer Note nebeneinandergeſtellt werden.[352])

351) Martins Lehrbuch §. 129.

352) Bamberger H. G. O. P. G. O.

So eyner ein ſchedlich thier hat das yemant entleybet.

Art. 161.

„Item hat eyner eyn thier das ſich dermaſſen erzeyget, dadurch zu beſorgen iſt, das es den leyten an leyb oder leben ſchaden thun möcht, und der herr deſſelben thiers wirdt deßhalb durch den Richter oder ander erbar leyt vermant und gewarnt das zufürzukommen, aber von jme verachtet, und wirdt darüber ein menſch

Art. 136.

„Item hat eyner eyn thier, das ſich dermaſſen erzeygt, oder ſunſt der art und eygenſchafft iſt, dadurch zu beſorgen iſt, daß es den leuten an leib oder leben ſchaden thun möcht, ſoll der herr deſſelben thiers ſolch thier von im thun, dann wo ſolch thier jemandt ſchaden thett oder entleibt, Soll der herr des thiers darumb nach

Ausnahmsweise erlaubte gerechte Fehde.

§. 111.

Soweit von den Fällen, welche nach dem Artikel der die Lehre von straflosen Tödtungen zu seinem Gegenstand hat, unter den betrachteten Beschränkungen straflos seyn können.

Es ist schließlich noch der in den Quellen ausnahmsweise erlaubten Fehde zu gedenken. Schon vor der Abfassung der P. G. O. war durch Aufrichtung des allgemeinen Landfriedens jede Fehde regelmäßig und bei Todesstrafe verboten. Die Bamberger H. G. O. Art. 154. und die P. G. O. Art. 129. bestätigen dieses, erkennen aber als Ausnahme drei Fälle an, deren Daseyn aber nachgewiesen werden muß.[353])

Bamberger H. G. O.	P. G. O.
von demselben thier entleybt der Herr solichs thier sol darumb nach gelegenheyt und gestalt der Sachen und Rate der rechtverständigen gestrafft werden; wo aber der Herr des thiers solcher beschedigung kein redlich versehung gehabt hat, so sol man deshalb kein peynliche straff gegen jenen geprauchen.“	gelegenheyt und gestalt der sachen und radt der rechtverstendigen, oder an enden als hernach vermeldet gestrafft werden. Und so viel besterer so er zuvor von dem Richter oder ander oberkeyt des zuvor vermandt oder gewarnet würd.“

353) P. G. O. Art. 129. Straff derjhenen, so die leut bößlich bevheden. — „Item welcher jemandt wider recht unnd billicheyt mutwilliglich bevhedet, den richtet man mit dem schwert vom leben zum todt, doch ob eyner seiner vhede halb von unnß oder unsern nachkommen am Reich, Römischen Keyser oder Königen erlaubniß hett, oder der, den er also bevhedet, sein, seiner gefipten, freundtschafft oder herrschafft, oder der jren feindt wer, oder sunst zu solcher vhede rechtmäs-

1) Die Erlaubniß des Reichs-Oberhaupts.
2) Wenn der Befehdete ein wirklicher Feind des andern oder seiner Verwandten oder Herrschaft ist, wobei am ehesten wohl an das Lehns-Verhältniß und die Pflichten des Lehnträgers gedacht werden kann.
3) Wenn sonst „eine rechtmäßig gedrungene ursache“ vorhanden wäre.

In so fern nun nach rechtlicher Prüfung der Gründe solche Fehde ausnahmsweise straflos bleibt, und nicht als Landfriedensbruch behandelt wird, so muß auch eine in Folge derselben verübte Tödtung entschuldigt werden.

Da aber später auch diese Ausnahmen selbst wegfallen so leidet auch dieses keine weitere Anwendung mehr.[354])

---

sig gedrungen ursach hett, so soll er auff sein außfürung derselben guten ursachen, peinlich nit gestrafft werden. In solchen fellen und zweiffeln soll bei den rechtverstendigen und an enden und orten, wie zu end dieser unser ordnung gezeygt, radts gebraucht werden.“

Diese Ausnahmen, deren zweite eine Spur der Privat-Rache, die dritte aber eine höchst umfassende General-Klausel enthält, würden die ganze Regel umwerfen, wenn man nicht annehmen dürfte, daß bei der Beweisführung der rechtmäßigen guten Ursache, und dann der Beurtheilung nach dem Rath der Rechtsverständigen, die Sache in einer Strenge genommen werden sollte, welche den scheinbaren Widerspruch aufhöbe. Allein bei den damaligen innern Verhältnissen mag dennoch zuweilen dieser günstige Artikel practisch gewesen seyn. Uebrigens finden sich in spätern Reichs-Abschieden, namentlich vom Jahre 1548, 1555 u. 1594. diese hier aufgestellten Ausnahmen nicht mehr.

354) Vgl. de Böhmer Med. ad C. C. C. Artikel 129. §. I. ꝛc. Ich habe unter diesen hiemit beendeten Fällen, welche die P. G. O. angiebt, nicht der angeblichen Rechtlosigkeit Verwiesener gedacht, welche unerlaubterweise zurückkehren. Denn das Gesetz hat Art. 188. vgl. mit Art. 176. der von dem Bruch geschworner Urfehde handelt, entschieden bestimmt, wie in einem solchen Falle rechtlich verfahren werden solle, so daß es nur

Andere Fälle außer der P. G. O.

Zigeuner und Wildſchützen ꝛc.

§. 112.

Wenn wir nun als Reſultat auch dieſer Betrachtung, die immer mehr hervortretende Beſchränkung früherer Tödtungsbefugniſſe theils nach dem Standpunkt der P. G. O. theils nach ſpäterer Sitte finden, ſo ſollte man denken, hiemit die Fälle ſtrafloſer Tödtungen erſchöpft zu ſehen, indem diejenigen, welche jetzt noch vorkommen, meiſt nur aus dem Geſichtspunkt der Nothwehr, oder einem ſolchen der ſich dieſer anſchließt und ihr analog behandelt wird (§. 95.) gerechtfertigt werden können. Dennoch müſſen wir noch auf einige andere, dem neuern Rechte angehörige Fälle aufmerkſam machen, welche indeſſen jetzt gleichfalls entweder ausdrücklich abgeſchafft oder außer Gebrauch gekommen ſind. Es ſind folgende:

1) **Zigeuner** ſollten nach Reichs-Polizei-Geſetzen, wegen ihrer wirklichen oder angeblichen Gefährlichkeit des Staatsſchutzes entbehren und Gegenſtand ſtrafloſer Tödtung ſeyn.[355]) Aber ſchon längſt iſt theils anerkannt, daß der Grund dieſer Verordnungen weggefallen ſey, theils hat man mit Aufhebung dieſer Tödtungsbefugniß ein anderes und geordnetes Verfahren gegen dieſe und andere Vaganten vorgeſchrieben. Der ſpätern beſſern Sitte ſind die Praxis und alle neuern Ge-

---

aus dem bereits früher geſchilderten Gang der wiſſenſchaftlichen Behandlung zu erklären iſt, wie die Lehrer des Strafrechts, (nicht die Praxis) hier ihren beliebig aufgeſtellten Principien eine Conſequenz geſtatten konnten, welche den ausdrücklichen Beſtimmungen der Geſetze entgegen iſt.

355) P. G. O. v. J. 1577. Tit. 28. 77. R. A. v. J. 1689. Tit. 22. R. K. G. O. P. II. Tit. 9. §. 3.

setzgebungen gefolgt, welche solche Ausnahmen nicht mehr anerkennen.[356])

2) Nur in sehr beschränkter Rücksicht, nehmlich nicht gemeinrechtlich, sondern nur auf den Grund particularrechtlicher und für besondere Verhältnisse vorübergehend gegebener Bestimmungen kann hier die vorzugsweise den landesherrlichen Forstbedienten ertheilte Befugniß, einen betretenen bewaffneten Wilddieb zu tödten, angeführt werden. Sie bezieht sich nicht auf den Wilddieb im weitern Sinne, sondern den eigentlichen mit Feuergewehr bewaffneten Wildschützen, gegen welchen um so leichter auch schon Nothwehr eintreten konnte, je weniger die, welche sich einem solchen Gewerbe hingeben, sich auf ihre nächste verbrecherische Absicht beschränken, und je leichter sie zu lebensgefährlichen Handlungen gegen die geneigt seyn können, von denen sie die größten Nachtheile im Falle der Entdeckung zu befürchten haben. So wie nun manche Landes- Forst- und Jagd-Ordnungen ihrem Verbrechen Todesstrafe drohen,[357]) wogegen sich die Rechtsgelehrten stets erklärten, so ist es auch damit im Verhältniß, daß an manchen Orten den Jägern und selbst Andern die Erlaubniß ertheilt wird, den gefährlichen Wildschützen zu tödten, der selbst, einmal auf der Bahn des gefährlichsten Verbrechens schreitend, keinen besondern Grund hat, den

---

356) S. die Kreispatente über Zigeuner in Plitts Analecta juris criminalis. S. 173. Gerstlacher Handbuch der Reichsgesetze. II. Bd. S. 78 ꝛc. Grolman Crim. R. W. §. 259. Note a. und Wächter Th. I. §. 87. Note 14. Feuerbachs Lehrbuch §. 207. Note b. — Böhmer Med. in C. C. C. Art. 150. §. III. a. E.

357) Fritsch Corpus juris venatorio-forestalis. Jenae 1675. Fol. P. 210. Eichhorn a. a. O. Th. IV. §. 548. Note f. — Pfeffinger Vitriar. illustr. lib. III. Tit. 18. §. 19.

ihm furchtbaren Gegner zu ſchonen.[358]) Es iſt hier, wiewohl nicht ſehr politiſch, ein Gewaltverhältniß an die Stelle des rechtlichen geſetzt. Jetzt wird auch dieſe Anwendung, die ſtets nur particularrechtlich war, wegfallen, und auf die Bedingungen gerechter Nothwehr beſchränkt ſeyn.[359])

Im Kriegsdienſte.

§. 113.

Dagegen iſt kriegsrechtlich folgendes noch gültig:

3) Dem Verfahren gegen Feinde des Vaterlandes und

---

358) Ausſchreiben des Churfürſt Chriſtian II. zu Sachſen d. d. Weydenhayn 2. Juli 1605. wegen der Wildſchützen: „Befehlen demnach, wenn künftig von unſern Jägern und Förſtern dergleichen Wildprets-Beſchädiger über dem Wildpretſchießen, oder ſonſt, in unſern Land-Wildbahnen und Gehägen betreten, und Ihr oder euere Gerichte von Ihnen umb den Sturmſchlag, und Nachfolge Eurer Unterthanen erſuchet würden daß Ihr oder Sie denſelben alſobald ergehen, und durch eure ſämmtliche Unterthanen bei Tag und Nacht mit aller Macht Ihnen nacheilen und nachtrachten und NB. wie ſie können ſolche Wildpret-Schützen todt oder lebendig bewältigen und einbringen laſſen ſollet: Und wollen wir uns gegen denjenigen, ſo hierin Ihr Treu und Gehorſam gegen uns erweiſen, auch uff den Fall einen oder mehr dieſer Schützen todt oder lebendig einbringen wird, mit Gnaden wiederumb erzeigen.“ Ich habe dieſe Stelle entnommen aus der, ohne Jahrzahl erſchienenen ziemlich geſchmackloſen Diss. de occisore impuni von Henric. Balthasar Roth. P. P. O. zu Jena. ſ. Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts 2r Bd. §. 367. Not. r *

359) Vgl. Feuerbach über den Wilddiebſtahl in deſſen Themis, oder Beiträge zur Geſetzgebung. Landshut 1812. No. III.

Ueberläufer schließen sich ältere Kriegsrechte an, welche es gestatten den flüchtigen Soldaten, sowohl den Ausreißer überhaupt, als insbesondere den Feigen der vor dem Feinde flieht, zu tödten,[360]) wie auch

360) Kais. Maximil. II. Kriegs-Artik. Art. 11. „welcher nach empfangenem Gelde, ohne Erlaubniß entweichet, soll öffentlich zum Scheim gemacht und jedermann Preiß gegeben werden.“ Desselben Art. Brief. Art. 22. „Sie sind Vogelfrei, und wer solche feldflüchtigen darüber zu tode schlagen würde soll keine Strafe verwirket sondern großen Dank dazu verdienet haben.“ Reuter-Bestallung vom Jahre 1570. Art. XLIII. Item da einer im Feld von seiner Fahnen fliehen, oder sonsten heimlich oder öffentlich Flucht machen würde, der soll an Ehre, Leib und Leben gestraft werden: da auch andere, die solches sehen, derhalben auf unverwandten Fuß in denselbigen schießen oder stechen, die sollen daran nicht gefrevelt, sondern noch großen Dank darzu verdienet haben. Fußknecht-Bestallung. Art. XXII. Ob einer oder mehr wären, die Flucht im Feld oder sonsten machten, soll der nächst in den oder dieselben stechen oder schlagen. Und ob einer der also Flucht machen wollt, darüber zu todt geschlagen würd, so soll sich niemand an ihnen verwirkt, sondern großen Dank damit verdienet haben. Sammlung der Reichs-Abschiede Frankfurt a. M. 1747. Fol. Th. III. P. 328. und 336. „Churfürstl. Brandenb. Kriegs-Recht. Art. 32. „Ein entwichener Reuter oder Fußknecht, der aus unserm Dienste flüchtig wird, und rennet von seiner Fahne, also daß Er dieselbe nicht biß auf den letzten Blutstropfen defendiret, der soll sein Leben verlieren, und da er verwundet, oder getödtet wird in der Flucht, soll der Todtschläger frei sey.“ Es bedarf keiner Erinnerung, daß, wenn von jener Befugniß nicht Gebrauch gemacht ist, die öffentliche Strafgerechtigkeit sich gegen den Schuldigen äußert, die denn natürlich auch Rücksichten anerkennt, wonach zuweilen auch eine geringere, als die Todesstrafe eintritt. Bemerkenswerth ist, daß der diesen richtigen Gesichtspunkt anerkennende Artikel 135. der Bamb. (und der Brandenb.) H. G. O. nicht in die P. G. O. aufgenommen ist: „Straff einer schentlichen Flucht, auch der so schentlicher weyß Stete, Schloß oder Beveſtigung übergeben, oder von jren herrn zu

thätlicher Ungehorſam der Kriegsobern berechtigt, im äußerſten Falle den widerſpenſtigen Soldaten niederzuſtoßen, und wenn gleich hier ſofort eine Anzeige des Falles und eine Unterſuchung nothwendig wird, auch kein Mißbrauch begünſtigt werden ſoll, ſo iſt doch dieſer Fall, der auf der Nothwendigkeit der Aufrechthaltung ſtrenger Mannszucht und des militairiſchen Subordinations-Verhältniſſes beruht, eine noch jetzt, ohne Beſchränkung auf Kriegszeiten geltende Ausnahme, die aber durch die Eigenthümlichkeit des Dienſtes eben ſowohl gerechtfertigt, als in enge Grenzen gewieſen wird, und keine Ausdehnung auf andere Verhältniſſe zuläßt.[361])

Rückblick auf den Entwickelungsgang dieſer Lehre und ihrer Darſtellung.

§. 114.

Hiemit glaube ich alle mögliche Fälle, in welchen von einer ſtrafloſen Tödtung die Rede ſeyn kann, vollſtändig geprüft, und die practiſchen Reſultate entwickelt zu haben. Sollten mir, ohnerachtet eines, wie ich ſagen darf, ſorgfältigen und auf dieſen Zweck ſchon längere Zeit beſonders bezo-

---

den veynhnden ziehen.“ „Item ſo jemandt einer ſchentlichen flucht, die er von ſeinem herrn, haubtmann, paner, oder fenlein thut, überwunden wirdt, der iſt (nach ſage der Recht) erloß, und ſol an ſeinem leyb oder leben nach gelegenheyt und geſtalt der ſachen geſtrafft werden, deßgleychen ſöllen die geſtrafft werden, ſo boßhafter weyß, Stete Schloß oder Beveſtigung übergeben oder wider guten glauben und jr pflicht von jren herrn, zu den veynhnden ziehen, alles nach Rate der rechtverſtendigen.“ Mehrere Belege ſ. bei Roth in der Note 358. angeführten Diss. — Vgl. Preußiſche Kriegs-Artikel Art. 16.

361) Preuß. Kriegs-Art. 4. Rudloff Handbuch des Preußiſchen Militair-Rechts. Th. II. §. 1224 bis 1227. Vgl. §. 1038. u. Th. I. §. 548 ꝛc. und Meine Beurtheilung dieſes Werkes in den Jahrbüchern der Juriſt. Literatur. Bd. VI. Hft. 2. S. 142—159.

genen Quellenstudiums, einzelne Anwendungen entgangen seyn, so wird dieß hoffentlich nur auf die Zahl, nicht auf die letzten Resultate Einfluß haben. Denn wenn wirklich noch gar nicht, auch nicht mittelbar erwähnte Fälle nachgewiesen würden, so fallen sie gewiß unter einen der in der historischen oder philosophischen Untersuchung aufgestellten Gesichtspunkte und werden nach den daselbst ausgeführten Grundsätzen zu beurtheilen seyn.

Wenn ich bemüht gewesen bin, der oft zu weit ausgedehnten Behauptung erlaubter oder strafloser Tödtungen eine bestimmtere Grenze zu setzen, so glaube ich mir gestehen zu dürfen, daß keine vorgefaßte Meinung mich zu den oft schwer zu vermeidenden Fehler veranlaßt habe, in den Quellen nur die Bestätigungen derselben zu finden, oder eine philosophische Ansicht in dieselbe hineinzulegen. Die Beweise des Abkommens mancher früher gestatteten Tödtungen sind sprechend; für einige wenige Fälle habe ich die Gültigkeit zugegeben, weil ich mich von derselben nach reiflicher Prüfung überzeugt halten mußte. Aber der Gang der Geschichte hat sich auch hier dem entsprechend gezeigt, was eine Forderung der Sitte und ein Gebot der Religion ist, und eine nachgewiesene Uebereinstimmung dieser drei wird wohl als eine nicht zu verwerfende Bestätigung anerkannt werden dürfen. Der innere chronologische und systematische Zusammenhang der Darstellung trägt vielleicht auch dazu bei, die richtigen Gesichtspunkte besser würdigen zu lassen und die Methode zu rechtfertigen.

Schluß.

Politische und legislative Rücksichten.

§. 115.

Zum Schluß möge es erlaubt seyn, zu jenen selbstständigen höhern rechtlichen und sittlichen Gesichtspunkten auch noch eines politischen zu gedenken, der, wenn er auch für die Beurtheilung vorkommender Fälle nach dem bestehenden Recht

keine selbstständige Geltung haben darf, doch für die Gesetzgebung sehr wichtig ist.

Eine zu große Ausdehnung der Tödtungsbefugniß des Einzelnen, oder der Strafloſigkeit bei ſolchen Tödtungen, denen es nach irgend einer Seite hin an einem Entſchuldigungsgrund nicht fehlt, iſt an ſich und in ihren Folgen gefährlich, und kann zu einem großen Mißbrauch führen. Wie, nächſt den Staats-Verbrechen — gewiſſermaßen Mordverſuch am Vaterlande — die Tödtung, ſchon nach dem Rechtsgefühl und Bewußtſeyn des Volks das ſchwerſte iſt, ſo darf auch nicht dieſes Gefühl — und damit die Achtung vor der öffentlichen Gerechtigkeit — untergraben werden, indem zu viele Ausnahmen gemacht werden. Im Allgemeinen ſchon werden, ganz wenige Fälle abgerechnet, die meiſten andern für ſtraflos ausgegebenen Anwendungen höchſtens von der Art ſeyn, daß die ordentliche Strafe des Mords wegfalle, und die weit geringere des Todtſchlags begründet iſt, oder, wenn die Handlung Todtſchlag war, daß deſſen Strafe nicht verwirkt, aber keineswegs daß überhaupt alle Strafe ausgeſchloſſen iſt. Die objektive Verwerflichkeit der Handlung muß ſtets als eine nicht außer Acht zu laſſende Seite bei der Beurtheilung der Ganzen gelten, und dieſer Geſichtspunkt iſt auch von einer unſerer Sitten entſprechenden Geſetzgebung anzuerkennen.

Selten kann nun der Fall eintreten, daß auch bei einer ſtrafloſen Tödtung nicht ein Vorwurf auf dem Handelnden laſte, wenn er auch nicht ſtets von der Art iſt, daß eine Reaktion des Strafgeſetzes begründet wäre. Wer von der Befugniß der Eigenmacht den äußerſten Gebrauch macht, wer dieſes öfteres zu thun fähig iſt — ſelbſt die Nothwehr nicht ganz ausgenommen — wer ſich demnach äußerlich vollkommen geſetzmäßig verhält, der iſt dennoch ein nicht ungefährliches Glied der Geſellſchaft, deſſen Denkart eine Richtung annimmt, und ihn mit Grundſätzen vertraut macht die dem Rechte nicht minder wie der allgemeinen Sicherheit Gefahr drohen. Dieß beſtätigt ſelbſt die Erfahrung

bei Individuen, deren tägliche Beschäftigung eine gewisse Abhärtung feinerer Gefühle nothwendig macht, und an deren Stelle Rohheit und Verwilderung treten läßt. Dieß ist selbst den frühern Gesetzgebern nicht entgangen, und sie erwähnen diesen Grund gerade bei der Person, welche zufolge ihres Amts, und im Dienst der Gerechtigkeit, nicht nur entschuldbarer- sondern nothwendiger Weise als Pflichterfüllung es übernehmen muß, Menschenblut zu vergießen — dem Nachrichter, dessen Amt, so lange Todesstrafen nicht entbehrt werden können, unerläßlich, und doch mit einer Art gerechter Scheu gewürdigt wird, wie denn auch die persönlichen, damit ehedem verbundenen Nachtheile, besonders in Ansehung der Ehre, hierauf zurückzuführen sind. Begründeter war die Bemerkung, welche die Bamberger H. G. O.[362]) hierüber macht, zu jener Zeit, wo Vollstreckungen der

362) Art. 238. „Nachdem allen Nachrichtern, so jre belonung in peynlichen straffungen der übeltetter (von yedem stück jres werks in sunderheyt nemen) das heylig Sacrament des altars versagt wirdt, nit darumb, das sölliche volzihung der gerechtigkeyt, und ernstlich straff der übeltat unrecht*) sey, sonder allein darumb, das sich umb gemelter sunderlichen wartetten belohnung willen, einer bösen unordentlichen begierde, in vergiessung des menschen plut, bey sölchen Nachrichtern versehen wirdet, und damit dann unsere Nachrichter zu verdammlichen stand nit ursach gegeben werdt Sunder jr handtwerk (das zu gemeinen nutz nit geratten werden mag) mit guter gewissen (wo sie sich sunst recht darinnen halten wöllen,) treyben mögen, So ist denselbigen Nachrichtern ein gemeiner jerlicher solt geordnet ꝛc.“ — Vgl. noch Meine angef. Abhandlung im neuen Archiv Band IX. St. 4. S. 638. 639. und Note 13. — Damhouder Prax. rer. crim. Cap. 153.

*) Augsburg. Confess. Art. XVI. — „Und daß Christen mögen in Obrigkeits-Fürsten und Richterambte ohne Sünde seyn, nach Kaiserlichen und andern üblichen Rechten Urtheil und Recht sprechen, Uebelthäter mit dem Schwerd zu strafen.“

Todesſtrafen, und zwar mannichfacher grauſamer Arten, bei weitem häufiger waren als ſie es jetzt ſind, wo außerdem noch die ſogenannten verſtümmelnden Strafen, und die häufige Anwendung der Marter ſtatt fanden. Aber auch jetzt iſt ſie nicht ganz unpracktiſch, und leidet in noch höherm Grade

---

Ueber die verſchiedenen Anſichten, beſonders älterer Practiker rückſichtlich aller dieſer angeblichen Tödtungsbefugniſſe, ſ. außer den bereits angeführten Diſſertationen von Zeithopf und Roth, beſonders S. de Böhmer zu den betreffenden Artikeln der C. C. C. und Carpzow. So entſcheidend, wie man es hier und da behauptet hat, iſt die Praxis der Theorie, welche jene Befugniß ausgedehnt annahm, nicht gegenübergetreten, daß man daraus eine völlig veränderte Anſicht ableiten dürfte. Doch hat ſich häufig, z. B. in Anſehung der Tödtung der Ehebrecher, die Praxis veranlaßt gefunden, eine ſchwere Strafe, die nach frühern Anſichten der Todesſtrafe ziemlich nahe kam, zu erkennen. S. auch Wächter a. a. O. Note 69. Daher mußte die Frage nach der rechtlichen Zuläßigkeit einzelner Anwendungen einer Tödtungsbefugniß, und der Grenzen innerhalb welche dieſelben ſtatt finden dürften, zuerſt nach den Grundſätzen der Theorie beantwortet werden. Wenn übrigens die Praxis auf der einen Seite nicht mehr ſo unbedingt dergleichen Tödtungen ſtraflos laſſen wollte, und zwar weit mehr aus ſelbſtſtändigen Rückſichten, als weil man der Meinung war, ſie ſeyen den Geſetzen widerſprechend, ſo haben doch die bekannten Urſachen, aus denen man auch in andern Fällen ſtrafbarer Handlungen, namentlich auch der regelmäßig als Verbrechen anerkannten Todtſchläge und Mordthaten, ſich bemühte, die ordentliche Strafe auszuſchließen, indem man Erforderniſſe des Thatbeſtandes willkührlich aufſtellte, um deren Daſeyn in einzelnen Fällen als nicht erwieſen angeben zu können, ihren Einfluß auch hier in ſo fern geäußert, als man Bedenken trug, die Todesſtrafe gegen Tödtungen anzuſprechen, die man zwar als wirkliche rechtswidrige hätte anerkennen ſollen, aber in der That doch nicht wagte. Dieſe ſchwankende Beſchaffenheit iſt es, die ſich denn auch in ſpätern Schriften und Lehrbüchern und zum Theil, wie früher gezeigt wurde, in neuern Geſetzgebungen und Entwürfen findet, und welche noch eine neue Stütze an der jüngſt gangbaren und zum Theil noch herrſchenden Philoſophie gefunden hat. Vgl. noch die Schriften bei Roß Nachträge zu Quiſtorp ꝛc. Th. IV. S. 198. 199.

Anwendung bei Personen, die nicht in der Erfüllung einer traurigen Pflicht, eine Beruhigung für die Ausübung einer solchen Befugniß haben können.

Zum Schluß einer Abhandlung, deren Zweck ist, die Wichtigkeit und Bedeutung eines Menschenlebens, welches nicht der Willkühr und Subjektivität Preis gegeben werden darf, gehörig darzustellen, was man kaum für nöthig halten sollte, wenn nicht unrichtige Betrachtungsweise und Vernachläßigung oder Mißverständniß des historischen Studiums und seiner Resultate es nothwendig machten, die Uebereinstimmung der geschichtlichen Entwickelung und der Wissenschaft, mit den höhern Forderungen des Rechts, der Sitte und der Religion nachzuweisen, möge hier das stehen, was Ammianus Marcellinus[363]) in Bezug auf Verurtheilungen zur Todesstrafe eindringlich sagt, und sich auch hieher beziehen läßt: „O praeclara informatio doctrinarum, munere celesti indulta felicibus, quae vel vitiosas naturas saepe excoluisti! quanta in illa caligine temporum correxisses, si scire per te licuisset, nihil aliud esse imperium, ut sapientes definiunt, nisi curam salutis alienae: bonique esse moderatoris restringere potestatem, resistere cupiditati omnium rerum, et implacabilibus iracundiis: nosseque ut Caesar dictator aiebat, miserum esse senectuti recordationem crudelitatis: ideoque de vita et spiritu hominis, qui pars mundi est, et animantium numerum complet, laturum sententiam diu multumque cunctari oportere, nec praecipiti studio, ubi irrevocabile factum est, agitari.“[364])

363) Lib. XXIX. Cap. 2.

364) Vgl. noch die trefflichen Aeußerungen von Lactantius Institut. divin. lib. VI. Cap. 20. und Epitom. Cap. 63. bei Gelegenheit der Gladiatoren-Kämpfe, welche Constantin L. 1. Cod. Theod. de gladiatoribus XV. 12. a. 325. aufhob.

Dritte Abhandlung.

Beiträge zur Kritik der Lehre von den ſ. g. Verbrechen gegen die Geiſteskräfte.

Die Frage, ob gemeinrechtlich eine eigne Klaſſe von Verbrechen gegen die Geſundheit — gegen die körperliche und geiſtige Integrität des Individuums, ohne Vernichtung oder Tödtung — anzunehmen ſey, iſt bekanntlich nicht minder beſtritten, als die andere, welche beſondere Arten verbrecheriſcher Handlungen unter den Geſichtspunkt der Geſundheitsſtörungen zu rechnen ſeyen? Nur darüber ſcheint man in neuerer Zeit mehr einverſtanden zu ſeyn, daß wenn eine eigne Klaſſe ſolcher Verbrechen unter einem Gattungsbegriff zuſammengefaßt werden ſollen, dafür die herkömmliche Bezeichnung der Körper-Verletzung unzureichend ſey, weil man dabei zunächſt mehr an die äußerlich wahrnehmbaren Erſcheinungen einer widerrechtlichen Einwirkung auf den menſchlichen Körper denkt, z. B. Verwundung, Verſtümmelung, während eine Störung der leiblichen Geſundheit auch auf andere Weiſe vorkommen kann, am häufigſten, jedoch nicht ausſchließend durch Mittheilung eines Giftſtoffs, insbeſondere aber weil die nachtheiligen Wirkungen ſich auch an dem geiſtigen Zuſtand des Verletzten äußern können, worauf der Begriff einer Körper-Verletzung nur ſehr gezwungen angewendet werden könnte, indem man entweder unter dem Körper, ſo lange er als lebendige Individualität beſteht, auch den Geiſt begreifen wollte, oder ſich beſtimmt darauf beziehen möchte, daß jede geiſtige Störung zugleich einen ſomatiſchen Grund habe. Paſſender iſt die jetzt von mehrern

Neuern gewählte Bezeichnung der Gesundheitsstörungen, oder Verletzungen, unter welche, da es eine Gesundheit und Krankheit des Leibes und des Geistes giebt, alle Fälle sich ohne Zwang einfach stellen lassen. [1])

Gehen wir zuerst bei der Frage, ob überhaupt ein eigenes Verbrechen dieser Art zweckmäßig anzunehmen sey, von dem blos legislativ practischen Gesichtspunkte aus, so scheint die Bejahung derselben keinem Bedenken zu unterliegen. Denn da sich für die hieher zu rechnenden Handlungen ein selbstständiger Begriff und Thatbestand darbietet, der sie wesentlich von andern unterscheiden läßt, da sowohl eine nur hierauf gerichtete Absicht des Uebelthäters denkbar ist, als auch ein bestimmter dieser Absicht entsprechender Erfolg, so ist durch deren Verbindung ein von allen andern widerrechtlichen Angriffen auf das Individuum verschiedenes Verbrechen vorhanden, dessen Bestrafung eine Forderung der Gerechtigkeit, eine Pflicht des dieselbe handhabenden Staats, und ein Interesse der bürgerlichen Gesellschaft ist. Die Verbindung von Absicht und Erfolg ist es aber, welche jenen selbstständigen Charakter bestimmt. Denn nehmen wir eine lediglich culpose Störung, so wird in den seltensten Fällen Grund einer von Amtswegen zu veranstaltenden Untersuchung und einer zu verhängenden Bestrafung vorhanden seyn; nehmen wir aber eine auf einen andern Erfolg gerichtete und erweisliche Absicht an, z. B. auf Lebensberaubung, so wird, wenn nicht diese, sondern nur Verletzung der Gesundheit eintrat, der Gesichtspunkt versuchter Tödtung sich geltend machen, — es muß also auf den Erfolg, die Störung der Gesundheit, welche als Zweck der Handlung gedacht ist, eine bestimmte Beziehung der Absicht statt finden, ohne daß unter dieser Voraussetzung, wenn sie gehörig erwiesen ist, allemal das Eintreten dieses Erfolgs vollständig erforderlich ist, in-

1) Vgl. Martin Lehrbuch ꝛc. Th. II. §. 128. der zweiten Ausgabe. Wächters Lehrbuch §. 174 ꝛc. und die Noten und mein System §. 210 ꝛc.

dem auch hier ein Verſuch in verſchiedenen Graden vorkommen und ſtrafbar ſeyn kann, obwohl begreiflicherweiſe jene Unterſcheidung ſolche Schwierigkeiten hat, daß in der Regel wohl nur bei wirklich erfolgter, wenn gleich geringerer Verletzung, als der Verbrecher beabſichtigte, eine Strafe erkannt werden wird.

Auch noch ein anderer in dem Begriffe ſelbſt liegender Grund läßt ſich für die Unterſcheidung dieſer eignen Klaſſe von widerrechtlichen Handlungen aufſtellen. Unterſcheiden wir nehmlich bei den jetzt ſ. g. Privat-Verbrechen, ſo fern ſie nach dem Gegenſtand der Verletzung oder des Angriffs beſtimmt werden, wobei wir alſo nicht die Römiſche, auf andern Gründen beruhende Unterſcheidung im Sinn haben, zwei Haupt-Klaſſen, — Verbrechen gegen die Perſon, als ſolche, und Verbrechen gegen die der Perſon zuſtehenden Rechte, ſo werden wir bei einer nähern Betrachtung der Qualitäten der Perſon, die vereint dieſelbe als freie Individualität darſtellen, gegen jede einzelne Eigenſchaft eigne mögliche verbrecheriſche Richtungen anzuerkennen haben, welche jedoch zugleich im eigenthümlichen quantitativen Verhältniſſe hervortreten, oder beſtimmter ausgedrückt, weil bei jedem dieſer Verbrechen gegen die Perſon [2]) ſelbſt, dieſe ſtets ganz, wenn gleich in verſchiedener Weiſe afficirt wird, ſo wird der quantitative und qualitative Charakter des Verbrechens vereint, demſelben einen Charakter beilegen, welcher durch die Abſicht und den Erfolg ſeine nähere Beſtimmung erhält. Es iſt nicht, wie man wohl ſchon gegen die Darſtellung in meinem Syſtem bemerkt hat, ein bloßer Wortſtreit, und man darf nicht, wie es geſchehen, meine Anſicht, wenn man ſie nicht gerade verwerfen wollte, — wozu beſſere Gründe als bloße entgegengeſetzte Behauptungen erwartet werden dürfen — als eine ſolche allenfalls zugeben, die in der Sache ſelbſt kei-

2) Mein Syſtem §. 173. 282. und die zweite Abhandlung §. 4. 36 ꝛc. 69 ꝛc. 95.

ne wesentlichen Unterschiede begründe, denn sie hat bedeutende practische Folgen, und während ich bei wiederholter unbefangener Prüfung, wovon auch die vorhergehenden Abhandlungen Zeugniß geben, zu der bestärkten Gewißheit gelangt bin, daß nur auf diesem Wege das positive Strafrecht in den hieher gehörigen Lehren richtig verstanden, auch die gesetzlichen Resultate begründet werden können, so führt die entgegengesetzte Ansicht auf nicht unbedeutende Irthümer, die, weil sie im positiven Rechte keinen Haltpunkt finden, eben durch jene falschen Theorien gerechtfertigt werden sollten. Betrachtet man z. B. das Leben, als ein dem Individuum zustehendes Recht, so wie die Beraubung desselben als ein Entgegenhandeln gegen jenes Recht, dann kann man allenfalls, mittelst consequenter Durchführung privatrechtlicher (hier aber wo kein Privatrechts-Verhältniß besteht, völlig unanwendbarer) Grundsätze zu dem Resultate gelangen, daß eine Verzichtleistung auf solches Recht statt finden dürfe, folglich die Tödtung dessen, der den Tod verlangt, kein Verbrechen sey, daß man den zum Tode Verurtheilten umbringen dürfe, ohne Furcht dem Strafgesetze gegen Tödtung zu verfallen ꝛc. [3]) Wesentlich anderer Natur sind die dem vorausgesetzten Individuum zustehenden möglichen und wirklichen Rechte, deren Verletzung einen ganz andern Charakter hat, als die Angriffe auf die Persönlichkeit selbst, die an und für sich berechtigt im andern Sinne ist, welche die Bedingung der andern Rechte ist, die sich erst als Folge jener Voraussetzung, dann aber als nothwendig ergeben können, so fern jede Person diese, z. B. Eigenthum, muß haben können. Aber ihr Mangel schadet dem Begriff der Person nicht, während eine Person, ohne (ein angebliches Recht auf) Leben nicht besteht, und eben so Freiheit des Denkens, Gewissens, religiöser Ueberzeugung der Person überhaupt, nicht von ihr

3) S. die zweite Abhandlung §. 4. und vgl. noch die falschen Ansichten in Erhards Entwurf ꝛc. Art. 493—496. 626. vgl. mit Art. 107.

selbst getrennt und veräußert, oder ihr wirklich entzogen werden kann, ohne dem Begriff und dem höhern Recht Gewalt anzuthun.[4]) Innerhalb des Gebietes der die Person unmittelbar angreifenden verbrecherischen Unternehmungen sind nun aber weiter zu unterscheiden, die Richtungen auf gänzliche Vernichtung des Daseyns der Freiheit in ihrer gesammten physischen und psychischen Bedingung — das Verbrechen der Tödtung mit allen seinen Unterarten, und die, wo eine solcher totaler und gelungener Angriff nicht vorhanden ist, indem entweder der Quantität nach, an die Stelle gänzlicher Vernichtung des leiblichen und geistigen Daseyns nur eine theilweise, also nur eine Störung oder Verletzung körperlicher Integrität, oder der Gesundheit des Leibes oder Geistes bewirkt ist, wo also schon der quantitative Unterschied von dem vorigen Fall, zugleich einen qualitativen begründet;[5]) oder indem nicht das Leben oder die Gesundheit selbst, aber die Freiheit der Person Gegenstand des Angriffs ist. Diese Freiheit, zunächst ihres Willens, hat ihre Sphäre an dem durch diesen beherrschten, aber keinem fremden unterwürfigen Körper des Individuums. Für sich unterscheidet die Person das geistige und leibliche Element, für Andere ist sie als sittliches Ganze nicht Ge-

4) Man hört jetzt nicht mehr, daß eigentliche philosophische Rechtslehrer die Sklaverei vertheidigen: aber selbst wo es geschehen, ist dies entweder der Fall nur von dem Standpunkte der s. g. Philosophie eines bestimmten positiven Rechts, aus, oder aus sehr untergeordneten Rücksichten, z. B. der Nützlichkeit, geschehen, die doch stets nur eine relative wäre. Gesetzt, es könnte der Nützlichkeit wirklich eine selbstständigere Bedeutung gegenüber dem Rechte sittlicher Freiheit, und in so fern wahrem Rechte der Natur zugeschrieben werden, so würde es nicht schwer seyn zu zeigen, daß der wahre Nutzen für den Staat, in welchem die Vernunft zum Daseyn in allen Sphären kommen soll, ein anderer, als jene beschränkte Nützlichkeit sey, und daß, wie schon oft bemerkt worden, nichts nützlich seyn könne, was dem Rechte und der Sitte widerspricht.

5) Mein System §. 175 ꝛc. 210 ꝛc.

genstand einer beliebigen Sonderung dieser Art, so daß diese in dem Eingriff gegen die Freiheit mittelst des Körpers nicht blos diesen als äußere Sache verletzen, sondern wesentlich etwas Höheres, den sittlichen Willen. Die Anwendung auf Menschenraub, Entführung, und Nöthigung welche unmittelbar nur und für die Erscheinung den Körper berühren, in der That aber diesen nur als Hülle und Gegenwart des Willens, Gedankens, der Freiheit und der Sitte, macht sich leicht, so wie auf gewisse Arten der Injurien, und ich habe auch schon früher hierüber das Erforderliche bemerkt.[6]) Ferner aber ist die Freiheit des Individuums, wie sie sich anderen gegenüber, sie anerkennend, und ihre Anerkennung fordernd, als Ehre äußert, eben so sehr mit ihm, als Person identisch, also auch mittelst ihres Körpers, jedoch nicht ausschließend, sondern auch als geistiges, auf andere als blos s. g. reale Weise möglicher Gegenstand eines strafbaren Angriffs.[7])

So führt also der Begriff der Sache selbst auf die Unterscheidung von vier Klassen der Verbrechen, welche die Person unmittelbar, und nicht blos die ihr zukommenden Rechte treffen — Tödtung, Gesundheitsstörung, Eingriffe in die Freiheit und Ehrenkränkungen — und wir haben damit dem fraglichen Verbrechen in der zweiten Klasse die ihm gebührende selbstständige Stellung im System gerechtfertigt.

Nicht ganz so finden wir es aber, wenn wir die Stellung der hieher gehörigen Verbrechen in den Quellen des gemeinen Rechts untersuchen. Zwar kann der Umstand, daß eine solche Klasse von Verbrechen selbstständig nicht aufge-

---

6) Mein System §. 217 ꝛc. und Note 76. und die Abhandlung über die wissenschaftliche Behandlung des Criminal-Rechts P. XLII. und meine Uebersicht über die neuesten Systeme des Strafrechts in den Tübinger Jahrbüchern Bd. II. Heft 3. S. 489. 504.

7) Mein System §. 232 — 234.

stellt wird, daß vielmehr die einzelnen Arten, die man jetzt darunter rechnet, (worüber auch verschiedene Ansichten herrschen,) unter zum Theil sehr verschiedene Gesichtspunkte gezogen werden, nicht als ein Grund geltend gemacht werden, in einem wissenschaftlichen System sich dadurch lediglich bestimmen zu lassen, da dieses nicht nach der blos äußern Stellung der quellenmäßigen Sätze, sondern nach deren Inhalt und Resultat bestimmt werden muß, und es eben die Aufgabe ist, diesen in seiner historischen Gestalt zu erkennen. So ist es z. B. jetzt allgemein anerkannt, daß in einem System des Römischen Privatrechts nicht deshalb ein s. g. allgemeiner Theil zu mißbilligen sey, weil die Quellen ihn, wenigstens so wie wir ihn bilden, nicht kennen, (eine andere Frage ist, ob man diesem nicht in neuerer Zeit hie und da eine zu weite Ausdehnung gegeben habe,) so hat man wenigstens dem Princip nach völlig mit Grund [8]) bei der Darstellung der Lehre der Obligationen, eine aus ihrem Inhalt und Wesen hervorgehende Ordnung an die Stelle der historisch und für den Römischen Standpunkt sehr bedeutenden, für uns aber größtentheils unanwendbaren Eintheilung, nach den äußern Veranlassungen der Entstehung, und den im Klagesystem gegründeten Verhältnissen, gesetzt, so hat, um noch das wichtigste und am meisten anerkannte Beispiel anzuführen, Savigny,[9]) dem Besitz seine Stelle im System aus dem Begriffe und seinen Folgen im Römischen Rechte angewiesen, ohne sich durch die Zufälligkeit bestimmen zu lassen, wie die mehr nach prozeßualischen Rücksichten geordneten Digesten- und Codex-Titel diese Lehre an vielen Orten zerstreut behandeln. Ueberhaupt besteht eine wissenschaftliche

8) Z. B. Heise Grundriß eines Systems des gemeinen Civil-Rechts ꝛc. Drittes Buch. §. 1. 69—71. 144 ꝛc. und v. Wening-Ingenheim in seiner Ausführung dieses Systems. Muehlenbruch Doctrin. Vol. III. §. 615 ꝛc.

9) Das Recht des Besitzes ꝛc. §. 6.

hiſtoriſche Behandlung zwar zunächſt darin, die ſelbſtſtändige Bedeutung und Stellung einer Lehre für ihre Zeit und ihre Verhältniſſe anzuerkennen, aber ſie darf dabei nicht ſtehen bleiben, ſondern, indem ſie eben das Geſchichtliche und den darin ausgeſprochenen Gedanken richtig würdigt, muß ſie der ſpätern gleichfalls geſchichtlichen nothwendigen Bildung ihr Recht widerfahren laſſen, und eben darum auch anerkennen, wie jenes frühere Princip nicht ein für alle Zeiten und Verhältniſſe ausſchließend berechtigtes ſeyn könne.

Was nehmlich die Weiſe betrifft, wie das Römiſche Recht jene Verbrechen behandelt, ſo iſt zunächſt zu erinnern, daß die das Syſtem beſtimmenden Gründe, auch im Strafrecht, wie in dem bürgerlichen Rechte, in dem Verfahren zu ſuchen ſind, wonach gewiſſe Handlungen oder Erfolge, als beſondere hervorgehoben ſind, wegen deren eine öffentliche Anklage geſtattet wird, und wobei in ſo fern der Inhalt eines Verbrechens nicht ſtets ſelbſtſtändig hervortritt, als daſſelbe überhaupt, oder nach einer beſondern Seite hin, unter den Geſichtspunkt verſchiedener Anklage-Geſetze gezogen werden kann, auch abgeſehen von den eigentlichen ſubſidiären Geſetzen, wegen phyſiſcher und geiſtiger Gewalt (falsum, Stellionat und vis) und Ehrenbeleidigungen, injuria. [10]) Den-

10) Mein Syſtem §. 171. 365 ꝛc. und Note 101. 102. Auch die Injurie läßt ſich zu dieſen ſubſidiariſchen Geſichtspunkten rechnen, oder beſtimmter, die von den Römiſchen Juriſten, beſonders an die Erläuterung der Lex Cornelia de injuriis angeknüpften Grundſätze bieten die Möglichkeit dar, dieſe Beſtimmungen über dieſes Verbrechen ſo anzuwenden, wie es in der weitern Unterſuchung gezeigt wird. Wächter im Lehrbuch §. 150. ſtellt ſie daher, nach ſeinen Grundſätzen, mit Recht gleich nach dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit. Nach meinem Plane durfte dieſes aber nicht geſchehen. Denn die Injurie iſt, wenn man einen Gegenſatz von formellen und materiellen Verbrechen durchführt, nothwendig, da ſie ihrem Gegenſtand nach, und der Richtung nach, wie derſelbe angegriffen wird, beſtimmt iſt, ein ſ. g. materielles Verbrechen, und hat dann einen unmittelbar die Perſon ſelbſt afficirenden Charakter. Bei

noch ist auch hier der Grund nicht ein lediglich formeller, wie dieses bei den eigenthümlich sogenannten formellen Verbrechen und Aushülfs-Anklagen wegen derselben der Fall ist, sondern er liegt auch, und hauptsächlich mit darin, daß die Römischen Gesetze seltener einen eignen Begriff eines Verbrechens aufstellen, als vielmehr denselben voraussetzend, eine Reihe einzelner Fälle und Anwendungen aufzählen, [11])

---

dem Wegfallen der historischen Gründe findet auch eine so ausgedehnte Anwendung des Begriffs der injuria nicht mehr statt, und so ist jetzt, in einer Darstellung des heutigen anwendbaren Criminal-Rechts, dieser Lehre ohnedem eine beschränktere bestimmte Stellung anzuweisen. Man darf nur nicht verkennen, daß, weil ein Strafgesetz über Verbrechen, ein ergänzendes für andere, unter einen hieher gehörigen Gesichtspunkt zu stellende rechtswidrige Handlungen ist, darum die Handlungen selbst noch nicht nothwendig, blos formeller Art sind. Die Bestimmungen über formelle Verbrechen sind subsidiär; umgekehrt aber nicht alle subsidiäre Verbrechenslehren sind durch den formellen Charakter der Handlung bedingt. Die in der Art der Handlung selbst liegenden Gründe, welche es mehr oder minder gestatten, oder selbst gebieten, noch manche andere Fälle unter dieser Form zu betrachten, sind wesentlich verschieden von der der historischen Eigenthümlichkeit der eines positiven Rechts und seiner Gesetzgebung angehörigen Rücksicht, nach welcher gerade hier, z. B. als vis Fälle beurtheilt werden können, welche, so fern die Gesetzgebung ihre materielle Seite hervorgehoben hätte, dann nach ihrer selbstständigen Seite beurtheilt werden müßten. So sind mehrere Fälle, die im Röm. Recht als vis betrachtet werden, bei uns speciell bezeichnet, z. B. Nothzucht — stuprum violentum; umgekehrt nennt die P. G. O. z. B. nicht das plagium, welches, wenn nicht hierüber eigens in der Römischen Gesetzgebung verfügt worden wäre, nach einem allgemeinern Gesichtspunkt würde aufgefaßt werden müssen.

11) Z. B. L. 1. pr. §. 1. L. 2. 3. 4. pr. D. ad leg. Jul. Mai. (XLVIII. 4.) L. 1. 2. 3. 4. 7. 8. 10. D. ad leg. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6.) L. 2. 3. 4. 5. 6. D. ad leg. Jul. de vi privat. (XLVIII. 7.) L. 1. pr. §. 1. 2. L. 3. 4. 5. D. ad leg. Cornel. de sicar. et venef. (XLVIII. 8.) L. 1. D. de leg. Pompeia de

die dann den Rechtsgelehrten Veranlassung geben, ihre practischen Erörterungen und theoretischen Untersuchungen an dieselben anzuknüpfen; und in beider Rücksicht konnte es nicht fehlen, daß dieselbe Handlung nach verschiedenen Seiten betrachtet, an mehrern Orten untergestellt wurde. Ferner kam nun, wenn man hiemit wieder den prozeßualischen Gesichtspunkt in Verbindung setzt, noch der Umstand in Betracht, daß der Ankläger, welchem bekanntlich keine besondere Erleichterung zu Theil wurde,[12]) sich noch danach entschied, den Uebelthäter von der Seite anzugreifen, wo ihm der Beweis am sichersten und am wenigsten schwer zu führen schien, indem das durch ihn geltend gemachte öffentliche Interesse mehr darin bestand, daß der Schuldige überhaupt bestraft, nicht daß er gerade und ausschließend wegen dieses Verbrechens bestraft werde. Auf ähnliche Weise kann bei uns, wo ein Verfahren von Amtswegen eintritt, während der Untersuchung, und noch mehr in der Beurtheilung, ein anderer Gesichtspunkt der Strafbarkeit der Handlung hervortreten, als der, welcher dem Anfange der ersten zu Grunde lag,[13]) und so stimmen im Resultate diese bei-

---

parricid. (XLVIII. 9.) L. 1. 2. etc. D. de lege Cornel. de falsis (XLVIII. 10.) L. 1—7. 9. D. de lege Jul. repetund. (XLVIII. 11.) L. 1—4. 8. 9. 10. 11. D. ad leg. Jul. peculatus et de sacrilegiis, et de residuis (XLVIII. 13.) Bei den hier aufgezählten und commentirten einzelnen Fällen bietet es sich leicht dar, wie ein und dieselbe verbrecherische Handlung unter verschiedene Gesichtspunkte gestellt wird. Z. B. Tödtung, unter der Lex Cornelia de sicariis, mittelbare durch falsches Zeugniß, durch Amtsmißbrauch, unter Lex Julia repetund. etc.

12) Tit. D. de accusat. et inscript. XLVIII. 2. Tit. D. ad SCtum Turpillianum XLVIII. 16.

13) Meine Abhandlung über Mittermaiers Anleitung zur Vertheidigungskunst in den Jahrbüchern der jurist. Literatur Bd. X. Hft. 3. P. 248. 264 ꝛc.

den einander entgegengesetzten Weisen des strafrechtlichen Verfahrens überein, und gewähren für die Rechts-Pflege eine Sicherheit, deren unter andern das Englische Verfahren entbehrt, abgesehen auch davon, daß noch durch die extraordinariae cognitiones bei den Römern in der Kaiserzeit die noch übrigbleibende Unvollständigkeit möglichst gehoben wurde. Zwar darin liegt auch im Römischen Anklagesystem eine Beschränkung, daß ohnerachtet der Wahl unter mehrern im besondern Falle möglichen Anklagen, doch, einmal diese Wahl vorausgesetzt, als Resultat, wie im Englischen Prozesse, eine Freisprechung des Schuldigen, wenigstens von dieser Anklage erfolgen konnte,[14]) eine Folge die bei uns nicht so vorkommen kann, allein für diese Betrachtung kommt es nicht sowohl auf die möglichen Resultate der Anklage an, die auch dann statt finden können, wenn in der That nur eine, nicht mehrere, begründet war, als vielmehr die Möglichkeit ein und dasselbe Verbrechen von verschiedenen juristischen Gesichtspunkten aus aufzufassen.

Berücksichtigt man nun neben diesem Allem, daß im Römischen Recht, wie im neuern, die Mannichfaltigkeit der dem Rechtszustand gefährdenden Handlungen es nicht zuläßt, für alle Verbrechen einen und denselben Gesichtspunkt, z. B. den der Absicht oder des Erfolgs als den durchgreifenden ausschließend zu verfolgen, daß vielmehr eine richtige juristische und praktische Behandlung des gegebenen Stoffs sich der concreten Beschaffenheit und Erscheinung desselben, dem Leben und den verschiedenen Gestaltungen des widerrechtlichen Benehmens möglichst anschließen muß, so wird es nicht befremdend erscheinen, daß auch die uns hier näher interessirende Fälle, bald nach der Absicht, bald nach dem Erfolge, bald nach dem Inhalte, bald nach der Form der Handlung, oder nach ihren durch irgend einer dieser Rücksichten näher

14) L. 9. Cod. de accusationibus IX. 2. Vgl. L. 3. §. 4. D. de accusat. XLVIII. 2.

bestimmten Verhältnisse zu andern Verbrechen, in welche jene übergehen können, unter verschiedene Rechtsbestimmungen und Gesetze gestellt werden, deren Verbindung erst eine alle denkbare Seiten des Verbrechens der Gesundheitsstörung umfassende Darstellung gestattet.

Zuerst geschieht der Körperverletzung in den Fragmenten der Zwölf-Tafel-Gesetze bei den Injurien Erwähnung, wobei aber, wie ich glaube, nicht an die Injurien im spätern strengen Sinn, und am wenigsten allgemein, an die Nothwendigkeit des Erfordernisses eines eigentlichen injuriandi animus gedacht werden darf. Das Faktum der Verletzung ist selbst die injuria, deren Daseyn dem Frevler so wenig unbekannt seyn kann, daß das Bewußtseyn des Unrechts überhaupt hinreicht, und eine bloße Verschuldung im engern Sinn (culpa) um so leichter Gegenstand des, ohnedem allgemein gestatteten Vergleiches seyn mußte, um die hier in Form vergeltender Rache hervortretenden nachtheiligen Folgen abzuwenden. Die Trennung der Verletzungen des Körpers, von Injurien im engern Sinn bestätigen theils die uns erhaltenen Fragmente der XII. Taf. welche abgesondert beide Fälle behandeln,[15]) theils die sich

15) Festus v. Talionis mentionem fieri in XII. ait Verrius hoc modo: „Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto“ neque id quid significet indicat, puto quia notum est, permittit enim Lex parem vindictam. Gellius Noct. Attic. XX. 1. Nonnulla autem in istis Legibus nec consistere quidem, sicut dixi, visa sunt, velut illa lex talionis, cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto. — Auf ein anderes Fragment beziehet sich Gellius l. c. Sed injurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas, impensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem injuriis talionem apposuerunt. Und ein anderer Fall ist der, den Gellius l. c. folgendermaßen erwähnt: Ita de injuria punienda scriptum est: „Si injuriam faxit alteri, viginti quinque aeris poenae sunto.“ Vgl. Gellius XVI. 10.

an dieſes Syſtem anſchließenden Stellen juriſtiſcher Klaſſiker.[16]) Allerdings mußte ſich bald das Unzureichende dieſer dürftigen Beſtimmungen zeigen, und ſo führte das Bedürfniß auf die ergänzenden Beſtimmungen des Aquiliſchen Geſetzes, welches aber den frühern, namentlich den XII. T. Beſtimmungen, ſo weit ſie ſich auf damnum injuria datum bezogen, derogirte.

Die Lex Aquilia, nach ihrer eigenthümlichen Richtung ſehr umfaſſend, iſt aber für die fraglichen Handlungen beſchränkt. Denn indem ſie hauptſächlich den privatrechtlichen Geſichtspunkt eines durch culpa außer Kontrakts-Verhältniſſen geſtifteten Schadens feſthält, — ein Schaden, der rückſichtlich der Sklaven, auch deren Tödtung, als gänzliche Vernichtung einer Sache — in ſich begreift, dafür aber nur Vergütung des Nachtheils, nach einem beſtimmten höchſten Maaßſtabe anordnet, ſo geſtattet ſie weder eine unmittelbare Uebertragung auf eigentliche ſtrafrechtliche Handlungen, noch kann man die an Freien verübten Beſchädigungen unter dieſen Geſichtspunkt des damnum injuria datum ziehen, und wenn eine Anwendung der Klage aus dem Aquiliſchen Geſetze auf einen ſolchen Fall geſtattet wird, ſo bemerken die Juriſten ausdrücklich, daß dieſe nur auf das bezogen werden dürfe, was auch an Freien, als Gegenſtand ei-

---

16) Gaii Instit. Cor. III. §. 223. Poena autem injuriarum ex lege XII. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat, velut si libero os fractum erat: at si servo CL.: propter ceteras vero injurias XXV. assium poena erat constituta; et videbantur illis temporibus in magna paupertate, satis idoneae istae pecuniariae poenae. Vgl. §. 7. J. de injuriis. Theophil. ibid. Paul. rec. Sent. lib. V. Tit. 4. §. 6. Coll. leg. Mos. et Rom. II. 5. Dirkſen Ueberſicht der bisherigen Verſuche zur Kritik und Herſtellung der XII. Tafel-Fragmente S. 516 ꝛc. Ueber die neuern Anſichten ſ. Tit. D. de injuriis XLVII. 10.

nes Werthes, folglich auch eines daran möglichen Schadens betrachtet werden könne, wovon namentlich die Verletzung der Integrität des Körpers ausgeschlossen ist,[17]) und es bleibt dann nur ein kleines Gebiet der Entschädigungsforderung übrig, der Aufwand für die Heilung, der Verlust durch Arbeitsunfähigkeit, Versäumniß,[18]) gerade das, was, so fern es noch bei uns statt findet, ganz unabhängig von der Nothwendigkeit einer, wenn gleich bedingten[19]) öffentlichen Strafe ist, die hier nach dem Gesetz nicht statt findet, wo zugleich auch die injuriarum actio ausgeschlossen ist. Und ähnliche Rücksichten finden statt, wenn durch ein Thier, dessen Beaufsichtigung dem Herrn obliegt, Jemand eine Verletzung zugefügt ist, wegen welcher der Herr privatrechtlich in Anspruch genommen wird.

Wichtiger zur Ergänzung und zwar eben für den Fall des Frevels an einer freien Person, ist die Anwendung der Lex Cornelia de injuriis (denn die Mißhandlung des servus rügt der Herr). Jede Gesundheitsstörung, die sich hier aber hauptsächlich als mechanische Einwirkung auf den Körper äußert, so fern sie absichtlich herbeigeführt ist, wobei jedoch die Absicht nur auf den Angriff an den Körper, nicht auf die herbeigeführte Folge selbstständig gerichtet zu seyn braucht, — indem hier nicht der Zweck, sondern die Handlung als das Unerlaubte in Betracht kommt, dessen Folge hier zwar mit gewürdigt wird, aber nicht der entscheidende, sondern nur ein modificirter Charakter der Injurie ist, kann mit der Anklage aus dem Cornelischen Gesetze geahndet werden, wie dann überhaupt in der spätern Praxis wegen Injurien eben sowohl privatrechtliche Verfolung als

17) Tit. D. ad leg. Aquiliam IX. 2.

18) L. 5. §. 3. L. 6. 7. L. 13. pr. D. ad leg. Aquil. IX. 2. L. 3. D. si quadrupes pauperiem IX. 1. L. 7. D. de his qui effuderint IX. 3. Wächter a. a. O. §. 174. Note 73. Nr. 1.

19) Durch die Klage des Verletzten.

criminalrechtliche Ahndung, und zwar letztere auch extra ordinem statt finden konnte,[20]) und da hier besonders neben der Berücksichtigung der Person (wie die Stelle in ihrem weitern Verfolg lehrt, des Thäters, wie sich aber aus der Verbindung mit andern Stellen ergiebt, auch des Verletzten,[21]) auch die Beschaffenheit des Falles (causa) entscheidet, so ist auf diesem Wege schon besser gesorgt, daß eine ihrer Richtung und ihrem Erfolg nach verbrecherische Handlung nicht vom Gebiet des Criminal-Rechts ausgeschlossen bleibe.

Während aber demnach durch die Voraussetzungen der zur injuria, wenn schon in weiterer Bedeutung, gehörigen Erfordernisse hier eine Schranke gesetzt ist, so war es nach dem oben angegebenen Charakter der Römischen Criminal-Gesetzgebung consequent, eine weitere Vervollständigung durch Aufstellung des mehr faktischen Gesichtspunktes verübter Gewaltthätigkeit zu liefern, so daß nun das formelle crimen vis mehr die objektive, die injuria mehr die subjektive Seite der Handlung auffassend,[22]) verbunden ein für körperliche Beschädigungen ziemlich geschlossenes System wahrnehmen lassen. Indem aber bei dem crimen vis die Form der Handlung, abgesehen von dem Zweck zu welchem sie begangen wird, das Bestimmende ist, so wird diesem mehr von der Seite der Quantität erscheinenden Verbrechen, eine nähere qualitative Bestimmung im besondern Falle hinzukommen,

---

20) L. 7. §. 1. 6. L. 45. D. de injuriis.

21) L. 45. D. cit. L. 7. §. 8 ꝛc. L. 15. §. 28. D. de injuriis.

22) L. 5. pr. §. 1. L. 7. §. 2. in f. §. 8. in f. Vgl. mit L. 15. §. 1. D. de injuriis wo Ulpian nur eine utilis actio begründet hält. Si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae, et saepe territus quasi vapulaturus, non tamen percussit, utili injuriarum actione tenetur. Und L. 15. pr. D. eod. Note 36. Wächter a. a. O. Nr. 3.

und ſo fern dieſe den Charakter eines eignen Verbrechens begründet, ſo nimmt das Geſetz ſelbſt dieſe aus, um ſie einem andern ſtrafrechtlichen Geſichtspunkt unterzuſtellen, wie denn hier namentlich die Gewalt gegen Menſchen, nicht deren Tod zur Folge haben darf.[23])

Endlich werden noch gewiſſe durch andre Zwecke, oder nach einer andern eigenthümlichen Richtung ausgezeichnete Weiſen nachtheiliger Einwirkung auf die Geſundheit beſonders hervorgehoben, und extra ordinem beſtraft,[24]) und auf dieſe werden wir ſpäter unten zurückkommen, indem die allgemeine Betrachtung über die ſtrafrechtlichen Behandlungen der Geſundheitsſtörungen, zur Vorbereitung für die Erörterung einer beſondern Art dienen ſoll.

Selbſtſtändiger werden in den Altgermaniſchen Volksrechten die Verletzungen, insbeſondere des Körpers, behandelt.

---

23) Beide Digeſtentitel ad leg. Jul. de vi publica und de vi privata, die auch im Codex IX. verbunden ſind, gehören hierher. Insbeſondere iſt das auf dieſen Fall ſich beziehende Fragment L. 10. §. 1. D. XLVIII. 6. von Ulpian, eben ſo auch wörtlich in L. 2. D. XLIII. 7. aufgenommen, wo es aber dem Juriſten Scaevola zugeſchrieben wird: Hac lege tenetur, et qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur, pulsetur, neque homo occisus sit.

24) Dieſer wird zum Theil bei Gelegenheit der Lex Cornelia de sicariis gedacht, wovon hieher aber nur die Fälle gehören, welche nicht nach dieſem Geſetz, welches die Abſicht zu tödten zum entſcheidenden Merkmal macht, mit der ordentlichen Strafe belegt werden, ſondern wo eben, wegen Unanwendbarkeit derſelben, nur eine extraordinaria poena verhängt wird, z. B. L. 3. §. 4. L. 4. §. 2. L. 5. 6. 11. pr. D. ad leg. Cornel. de sicar. vgl. mit L. 1. §. 1. L. 3. D. eod. Andere werden in dem allgemeinen Titel de poenis XLVIII. 19. als ſtrafwürdig bezeichnet. L. 38. §. 5. dieſes Titels vgl. mit L. 3. §. 3. D. ad leg. Cornel. de sicar. oder gelegentlich hervorgehoben, z. B. L. 4. §. 12. D. de re militari XLIX. 16. Martin a. a. O. §. 128.

Schon oben, bei Gelegenheit einer allgemeinern Charakterisirung der Germanischen Rechte, welche vorzugsweise Strafbestimmungen enthalten, ist die Eigenthümlichkeit des Compositionen-Rechtes bezeichnet worden.[25]) Es ist bekannt, daß die Festsetzungen des Wehrgeldes nächst der Tödtung hauptsächlich Verwundungen und ehrenrührige Angriffe gegen den Körper betreffen, wobei mit großer Genauigkeit und Ausführlichkeit jeder Theil, ja oft einzelne Glieder des Körpers ihre Schätzung haben,[26]) und ich habe bereits erinnert, daß gegenüber dem Princip der Rache und äußerer Wiedervergeltung hier schon eine Milderung anzunehmen ist, und dadurch der Weg zu dem weitern Fortschritt der Anerkennung eines öffentlichen Strafrechts gebahnt wird, in so fern nehmlich schon ein anderer Werth für die Verletzung und die Möglichkeit der Aufhebung derselben, einer unmittelbaren Vergeltung substituirt ist, der zwar zunächst noch mit dem privatrechtlichen Charaktet behaftet erscheint, da der Nachtheil, den der Thäter durch Entrichtung der Buße erleidet, zugleich eine Entschädigung für den Verletzten ist, jedoch schon das weitere Moment in sich enthält, daß ein Werth, etwas Vermitteltes, an die Stelle des ursprünglichen Schaden tritt, — wie denn endlich die Strafe bestimmter als ein solcher Werth und eine Vergeltung hervortritt, und durch dieselbe dem Verbrecher sein Recht geschieht, der erleidet was er verdient hat, und was seine Thaten werth sind.

Hievon ist aber nicht eine unmittelbare Anwendung,

---

25) S. die zweite Abhandlung §. 53. 54 ꝛc.

26) Besondere Belege hiefür anzugeben ist um so entbehrlicher, da dieses gerade mit zu dem Charakteristischen der alten Volksrechte gehörte, und in vielen Titeln und Stellen hievon in Form eines Tarifs gehandelt wird. Vgl. Eichhorn deutsche Staats- und Rechts-Geschichte Th. 1. §. 53. und Grimm deutsche Rechts-Alterthümer S. 647. die zweite Abhandlung Note 183. Sachsenspiegel Buch II. Art. 16.

ſondern nur das Princip in die ſpätere Zeit übergegangen, welche, durch hiſtoriſche Gründe auf die Grundſätze des Römiſchen Rechts mehr hingewieſen, auch in dieſem ein ſolches Princip erkannte. Die P. G. O. wie die Bamberger H. G. O. haben insbeſondere durch Uebergehung der ganzen Klaſſe ſolcher Verbrechen auf das Römiſche Recht zurückzugehen genöthigt, und nur einzelne Fälle beſonders hervorgehoben, welche entweder hier unter eignen Geſichtspunkten zugleich in einen andern Zuſammenhang geſtellt,[27]) oder ſolche ſind, die auch das Römiſche Recht als extraordinaria crimina betrachtet wiſſen wollte. Die Schwierigkeit aus den vielfach zerſtreuten Beſtimmungen des Römiſchen Rechts, deren Anwendung ohnedem durch manche Modifikationen bedingt iſt, ein Syſtem zu bilden, iſt die Urſache, weshalb in der Praxis gerade hier noch oft eine Art Unbeſtimmtheit herrſcht, und auch die Theorie noch nicht eine vollſtändig genügende Darſtellung geliefert hat.

Die nachfolgenden Betrachtungen ſollen aber keineswegs als Verſuch gelten, dieſem Mangel vollſtändig abzuhelfen, ſondern nur auf eine Art der Geſundheitsſtörungen ſich beſchränken, die erſt in unſerer Zeit beſonders und als eigenes Verbrechen hervorgehoben worden iſt.

Ich meine nehmlich die Beraubung der geiſtigen Geſundheit, oder das neuerlich ſ. g. Verbrechen der Verſtandesberaubung (noochiria), wobei hier zunächſt über die Bezeichnung — Verſtandes- oder Vernunftberaubung, Störung der Geiſtes- oder der Seelenkräfte, (es iſt in der That nur eine Kraft) die Bemerkung genügen möge, daß man darunter überhaupt die nachtheiligen Einwirkungen auf die, der körperlichen Integrität, entgegengeſetzte geiſtige verſteht, ohne daß auf den einen oder andern Ausdruck ein beſonderer Werth gelegt werden dürfte. Wie ver-

27) P. G. O. Art. 130. 133. 156. Bamb. H. G. O. Art. 155. 158. 161. Brandenb. H. G. O. 155. 158. 161.

schieden auch Verstand und Vernunft seyen, — eine Verschiedenheit, die zwar von den Philosophen nicht auf gleiche Weise angegeben, aber doch als solche zugestanden wird, so ist es doch gewiß daß sie in solcher Verbindung zu einander stehen, daß sie beide einander bedingen, der Verstandlose entbehrt auch der Vernunft; der Unvernünftige ist nicht verständig, verschieden sind die Gebiete ihrer Thätigkeit und Aeußerungen, und die Vernunft ist zugleich etwas Objektives, und das Allgemeine Höhere im Verhältniß zu dem Verstande. Daß sie das Auszeichnende und Göttliche im Menschen, die Bedingung seiner sittlichen Freiheit und seiner Menschenwürde sey, daß der dem sie abgesprochen, der sie durch Unglück, durch eigne Schuld, oder fremde Uebelthat verlor, der höchsten Ehre entbehrt, ist überhaupt und insbesondere bei der Lehre der Zurechnung, so wie der Gründe der wegen ihres Mangels nothwendigen Strafloſigkeit anerkannt. Aber es ist wieder falsch wenn sie als ein eignes (wenn gleich ein s. g. angebornes oder Ur-) Recht des Menschen dargestellt wird. Angeboren wird ihm so wenig ein Recht auf Vernunft, als ein Recht auf Leben, sondern der Mensch wird geboren, und, so fern er lebt, mit dem in ihm liegenden Keime weiterer körperlicher und geistiger Entwickelung, er hat ein alle diese Beziehungen umfassendes selbstständiges Daseyn der Freiheit, welches als solches, mit ihm, der Person identisch, sein Recht überhaupt ist, und Anerkennung fordert, wie er dieselbe Freiheit in andern anzuerkennen hat, das aber nicht als ein abgesondertes Recht bestehen, angegriffen, verletzt, aufgegeben und entzogen werden könnte, und daher fällt jede Verletzung, wogegen sie sich auch zeige, oder wie auch die Folge derselben sich äußern möge, unter den Gesichtspunkt eines unmittelbaren Angriffs auf die ganze Persönlichkeit. Der vollständige Begriff des Menschen, als eines sittlichen und Vernunftwesens wird nicht minder aufgehoben durch Entziehung der Freiheit (Behandlung desselben als Sache), Vernichtung des geistigen Seyns, als durch gänzliche Entziehung des Lebens. Daß der Mensch, und zwar nur er,

die faktische Möglichkeit in der Gewalt hat, seine irdische Existenz willkührlich aufzuheben, daß er sich selbst faktisch — wohl ohne dieses als Zweck zu wollen, die Seelenkraft schwächen kann, ist kein Gegenstand rechtlicher Untersuchung, so wie, die mit Willens-Freiheit geduldete Unfreiheit, ein Widerspruch in sich ist, der in dem Augenblick aufhört, wo der Wille, frei zu seyn, beschließt, so daß jede Fortsetzung des faktischen Verhältnisses von Seiten Anderer Gewalt ist. Es unterliegt also keinem Zweifel, daß durch fremde nachtheilige Einwirkung ein Verbrechen begangen werde, möge sie nun, in Beziehung auf den wirklich eingetretenen Erfolg beabsichtigt gewesen seyn, oder nicht, wenn nur im letzten Falle die Bedingungen der strafbaren Handlung überhaupt da waren.

Der für uns praktische Gegenstand der Untersuchung ist aber näher, theils unter welchen Gesichtspunkt nach gemeinem Recht solche Verbrechen zu stellen seyn, damit sie nicht straflos bleiben, theils in wie fern es zweckmäßig und ausführbar sey, in neuern Gesetzgebungen, wo die Rücksicht auf die Beschaffenheit der Quellen des gemeinen Rechts nicht hemmend eintritt, eine eigne Klasse solcher Verbrechen aufzustellen, die also auch ihren eigenthümlichen Thatbestand haben muß.

Diese Fragen haben besonders seit der Zeit mehr Wichtigkeit erhalten, wo das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten zuerst diese Fälle, wenn gleich nicht vollständig, zum Theil selbstständig, zum Theil in Verbindung mit andern Verbrechen, in deren Folge eine Störung der geistigen Gesundheit eintreten kann, hervorgehoben und mit Strafen bedroht hat.

Hierauf hat Tittmann seine bekannte und sehr verdienstliche Abhandlung[28]) geliefert, in welcher er seine Ansicht, daß diese Verbrechen eine eigne Klasse bilden, durch

28) De delictis in vires mentis humanae commissis. Lips. 1795. 4to.

eine umsichtige Erörterung der Natur derselben zu begründen sucht, welche er später auch in seinem Handbuch der Strafrechtswissenschaft[29]) geltend gemacht hat. Da indeß jene Schrift den historischen Standpunkt nicht in den Umfang der Untersuchung gezogen hat, so soll hier, bevor wir zu seiner mehr legislativen Erörterung und den neuern Gesetzgebungen übergehen, das wenige, was die gemeinrechtlichen Quellen darbieten, kurz zusammengestellt werden.

Vorher möge zur Vergleichung erinnert werden, daß auch im Attischen Rechte eine Handlung, wodurch ein anderer der Geisteskraft beraubt wurde, nicht selbstständig, sondern nach dem Gesichtspunkt des in widerrechtlicher Absicht gebrauchten Mittels aufgefaßt wurde, so daß, der Erfolg möge Tödtung, Störung der körperlichen oder geistigen Integrität seyn, dieselbe Klage, und dieselbe Strafe begründet war. Insbesondere gehört hieher die Mittheilung von Gift (der Schuldige mochte diese selbst, oder durch andere bewirkt haben) zum Zweck der Tödtung oder der Hervorbringung eines Liebeszaubers, den man für möglich hielt (φιλτρον, poculum amatorium,) so daß nicht blos eine sinnliche Regung bewirkt werden sollte, sondern der Meinung nach ein wirkliches Bannen der Gesinnung, weshalb hier, wie im Römischen Recht, Giftmischung und Zauberei häufig in Verbindung gedacht werden.[30]) Hier wurde nun auf den Erfolg gesehen; war

---

29) Die zweite Ausgabe Th. I. 179 — 181.

30) In der Lex Cornelia de sicar. wird auch das veneficium mit inbegriffen, und davon im fünften Capitel gehandelt. L. 1. §. 1. L. 3. pr. §. 1 — 3. 5. D. ad leg. Cornel. de sicariis et veneficiis XLVIII. 8. Der hierher gehörige Titel des Justinianischen Codex IX. 16. ad legem Corneliam de sicariis enthält weder in der Rubrick noch in den einzelnen Constitutionen eine ausdrückliche Erwähnung der Mittheilung von Gift, sie handeln mehr von gewaltthätiger und mechanischer Einwirkung; jedoch ist in

dieſer nehmlich der Tod oder Wahnſinn, deſſen, dem das Gift beigebracht war, ſo war die öffentliche Klage φαρμάκας oder φαρμακείας mit dem Antrage auf Todesſtrafe begründet, wobei indeß auch Milderungsgründe von dem Areopag berückſichtigt wurden.[31]) Wenn aber keiner dieſer beiden Erfolge eingetreten war, ſo konnte wegen der Abſicht, die hier aber auf Tödtung gerichtet ſeyn mußte, und wegen der zu dieſem Zweck unternommenen Handlung, welche zwar den Tod nicht zur Folge gehabt hatte, (denn ſonſt trat eine andere Klage ein) jedoch denſelben hätte bewirken können, (alſo ein Verſuch mit nicht untauglichen Mitteln) die öffentliche Klage βουλεύσεως gegen den Uebelthäter angeſtellt werden, wobei es aber zweifelhaft iſt, ob ſie auf Todesſtrafe gegangen ſey, oder nicht, indem die erſtere Beſtimmung, daß auch der, welcher nur die Abſicht zu tödten gehabt habe, (verſteht ſich ſo fern dieſelbe durch die That geäußert war) wie ein Mörder beſtraft werden ſolle, (τὸν ἐπιβουλεύσαντα φονέα εἶναι) eine ältere geweſen zu ſeyn ſcheint.[32]) Aehnlich wurde gewiß auch der Fall, wenn

---

der letzten Stelle (L. 9.) die Vergiftung gewiß mit verſtanden — „Si forte mulier marito mortis parasse insidias, vel quovis alio genere voluntatem occidendi habuisse inveniatur: vel si forte maritus eodem modo insectetur uxorem," etc. Dagegen iſt in dem Titel de maleficis et mathematicis et similibus IX. 18. die Rede von der Vergiftung L. 1. und gefährlicher Einwirkung auf das geiſtige Wohl, und die ſittliche Geſinnung L. 4. (von Conſtantin.) Vgl. Theod. Cod. lib. IX. Tit. 14. und 16.

31) Meier u. Schömann. Der Attiſche Prozeß. Vier Bücher. Halle. 1824. S. 311. u. Note 56—59. woſelbſt ſich die Beweisſtellen und Rechtfertigungen finden, auf welche ich hier hier verweiſe.

32) Meier und Schömann a. a. O. S. 313. 314. Intereſſant iſt auch hier die Vergleichung mit der Lex Cornelia de sicariis, in welcher dolus pro facto accipitur L. 7. D. t. t. und in deren Strafe auch der ſchon verfallen iſt qui hominis occidendi causa, cum

durch körperliche Mißhandlung, Verletzung ꝛc. eine Geistesstörung erfolgte, nicht selbstständig, sondern es wurde wegen der Verwundung oder Realinjurie auf Bestrafung geklagt. Doch bleibt hier vieles dunkel. [33])

Im Ganzen stellt das Römische Recht ähnliche Grundsätze auf; je seltener die Absicht selbstständig auf Bewirkung einer Geistesstörung vorkommt, desto mehr wird die Handlung, welche einen solchen Erfolg hatte, unter einen andern ihr mehr unmittelbar zukommenden Gesichtspunkt gefaßt, der es gestattet, sie entweder unter ein bestimmtes Strafgesetz zu stellen, oder extra ordinem ihre Strafbarkeit auszusprechen. Und da hier wohl am ehesten an das Mittel des Giftes gedacht werden mußte, welches einen solchen Erfolg haben konnte, die Mittheilung desselben, ja sogar das bloße Ausüben vorbereitender Handlungen in tödtlicher Absicht die Anwendung des Corneliſchen Gesetzes begründet; [34]) ferner aber die Mittheilung aufregender Stoffe in anderer, nicht dem Andern feindlich entgegenstehender Absicht, wegen ihres gefährlichen Beispiels, und der Möglichkeit eines Schadens, außerordentlich geahndet wurde, [35]) so

---

telo ambulaverit L. 1. pr. D. h. t. und qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit. L. 3. pr. D. l. c. so wie der welcher in publicum mala medicamenta vendiderit, vel hominis necandi causa habuerit §. 1. D. eod. §. 3. 5. D eod.

33) Meier und Schömann a. a. O. S. 314.

34) Vgl. die Note 30. und 32. angeführten Stellen.

35) L. 38. §. 5. D. de poenis XLVIII. 19. (Paulus) Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, et si dolo non faciant (d. h. nicht in der Absicht zu schaden, denn absichtlich und nicht blos fahrläßig ist allerdings die Mittheilung) tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur; quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur. Paul. sent.

sind damit die vorzüglichsten Gesichtspunkte bezeichnet, unter welche das Römische Recht solchen Frevel zieht. Daneben

---

rec. lib. V. Tit. 23, §. 14. 19. Vgl. L. 3. §. 2. i. f. D. ad leg. Cornel. de sicariis (Marcian). — Sed ex Senatusconsulto relegari jussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea, quae acceperat, decesserit.“ Wenn gleich hier des Erfolgs der Geistesstörung nicht ausdrücklich gedacht ist, so unterliegt es keinem Zweifel, daß auch nach diesen Bestimmungen Strafe eintreten muß. Daß nehmlich die Handlung für strafwürdig erkannt wird, ergiebt die in der folgenden Note anzuführende Stelle ausdrücklich: dann aber folgt auch aus dem Inhalt der hier mitgetheilten Stellen dieses mittelbar. Charakteristisch ist hier nehmlich, daß während im Allgemeinen im Römischen Strafrechte auf die Absicht eine mehr selbstständige Rücksicht genommen wird, bei den Fällen, wo eine außerordentliche Strafe erkannt wurde, der Erfolg vorzugsweise ins Auge gefaßt ist, so daß hier, obgleich nicht dolo, nicht malo animo, doch ein Nachtheil gestiftet, und ein böses Beispiel gegeben ist, eine, und zwar bei erfolgter Tödtung schwere Strafe verhängt wird; sicher also muß auch jener Erfolg — rücksichtlich dessen wenigstens s. g. dolus eventualis bestehen kann, hiernach zugerechnet werden. Hieher kann man auch die L. 11. D. de extraordinariis criminibus XLVII. 11. beziehen. (Paulus) „In circulatores, qui serpentes circumferunt et proponunt, si cui ob eorum metum damnum datum est, pro modo admissi actio dabitur.“ Martin a. a. O. §. 129. Note 6. führt als Beispiel an, wenn durch den Schrecken, Krämpfe, oder Epilepsie bewirkt worden, aber auch auf den Geist kann der Schrecken bekanntlich störend einwirken, auch wird bei epileptischen Zufällen meist auch, wenn sie sich oft wiederholen, das geistige Vermögen abgestumpft und gestört. Vgl. Weber Handbuch der psychischen Anthropologie, mit vorzüglicher Rücksicht auf das praktische und die Strafrechtspflege. Tübingen 1829. §. 212. S. noch L. 40 — 42. D. de aedil. edicto. XXI. 1. — „Si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum judici videbitur, condemnabitur: caeterarum rerum, quanti damnum datum, factumve sit, dupli.“ Hier wird mit Grund der Fall

bietet auch hier wieder die Injurienklage eine Aushülfe dar,[36]) und endlich für den Fall einer durch äußere Gewalt mittelst Verletzung des Körpers verursachten Störung der intellectuellen Kräfte, wird wiederum das Cornelische Gesetz über Tödtung anzuwenden seyn, wenn die Absicht welche hiezu erfordert wird, vorhanden war, da es nur auf diese, nicht auf den Erfolg ankam; denn wenn man gleich einwenden könnte, hier sey die Geistesstörung nicht beabsichtigt, sondern dieser Erfolg nur culpos bewirkt, die culpa aber werde hier nicht dem dolus gleich geachtet,[37]) so ist zu erinnern, daß es überhaupt nicht auf den eingetretenen Erfolg, sondern nur auf die in tödtlicher Absicht verübte Handlung ankommt; war aber jene Verletzung des Körpers, die jenen schlimmen Erfolg hatte, nicht in tödtlicher Absicht zugefügt, so bieten die Gesetze über Gewalt, Injurien, und die utilis actio legis Aquiliae die erforderlichen Aushülfen dar, so daß nicht leicht einer der in der gewöhnlichen Erfahrung vorkommenden Fälle ungeahndet bleiben konnte.

Auch für unser praktisches Bedürfniß ist daher, so weit wir in Ermangelung einheimischer Bestimmungen auf die subsidiären Quellen zurückzugehen genöthigt sind, und insbesondere aus dem Römischen Rechte die leitenden Grundsätze über Verbrechen und deren Behandlung entnehmen, ziemlich

---

eines äußerlich zu berechnenden Schadens, der zwiefach vergütet werden soll, dem Schaden entgegengesetzt, der an sich unschätzbar, so fern er ins Gebiet des Privatrechts gezogen wird, dem richterlichen Ermessen zur Festsetzung im Urtheil überlassen bleibt.

36) L. 15. pr. D. de injuriis XLVII. 10. (Ulpian.) „Item apud Labeonem quaeritur, si quis mentem alicuius medicamento, aliove quo alienaverit, an injuriarum actio locum haberet? et ait injuriarum adversus eum agi posse.“ Nov. Just. 115. Cap. 4. §. 5.

37) L. 7. C. ad leg. Cornel. de sicar. (Paulus). „In lege Cornelia dolus pro facto accipitur; nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.“

vollständig gesorgt, und ich glaube sogar, daß wir von diesem Standpunkte aus sicherer ausreichen, als wenn man ein selbstständiges Verbrechen der Bewirkung einer Geistesstörung annimmt, dessen eigenthümlicher Thatbestand seltener und schwerer wird hergestellt werden können, als derjenige wonach die verursachte Störung nach irgend einem der erwähnten Gesichtspunkte zur Strafe gezogen werden müßte. Ohnedem würde man, wenn man gemeinrechtlich dieses Verbrechen auszeichnen wollte, dabei doch stets auf die mannichfaltigen, aus der Eigenthümlichkeit des Römischen Systems sich ergebenden gesetzlichen Rücksichten zu achten genöthigt, und eben darum nach der Beschaffenheit der Quellen nicht einmal berechtigt seyn, ein Verbrechen als selbstständig hervorzuheben, für welches sich nach den Quellen und den Verhältnissen unter welchen es zu Stande kommt, wie nach der Erfahrung fast immer nur eine untergeordnete Seite ergiebt, indem dieser Erfolg, neben andern, aus einem rechtswidrigen Benehmen möglich seyn kann, aber nicht ausschließend zu bewerkstelligen ist.[38]) Welche Schwierigkeit sich nehmlich

---

38) Bekanntlich wird an der Möglichkeit, daß Jemand es in seiner Gewalt habe, diesen Erfolg hervorzubringen, gezweifelt, und wenn sich auch einige gerichtliche Aerzte wenigstens theilweise dafür aussprechen, so ist doch noch keineswegs eine überzeugende Gewißheit erlangt. In der That müssen noch größere Fortschritte im Gebiete der Psychologie und der Seelenheilkunde gemacht werden, um diese und ähnliche Fragen genügend zu lösen. Der Geist und die Seele können nur von einem niedrigen Standpunkt aus betrachtet, Gegenstand willkührlichen bestimmten Einflusses Anderer seyn. Anders ist es zum Theil mit einem eben so dem Ursprung nach mehr psychischen Einflusse, der aber dann ein allmähliger, und nicht in einer bestimmten Handlung nachzuweisender — ein äußerlich unerkennbarer und keine Berechnung zulassender ist. Wenn hieher die auf das sittliche Verderben gerichtete fremde Einwirkung zu rechnen ist, so ist es noch in höherm Grade der Fall mit dem auf Belehrung, sittliche und religiöse Bildung ꝛc. berechneten wohlthätigen Einfluß gutgesinnter Menschen auf ihre Umgebun-

auch von der legislativ praktischen Seite darbiete, soll die weitere Untersuchung lehren.

Wir gehen von dem im Begriff der Sache liegenden und durch die Erfahrung bestätigten Princip aus, daß zu jedem Verbrechen, die hierauf gerichtete Absicht (dolus) und ein zur Wirklichmachung derselben geeignetes Benehmen wenigstens möglich seyn müsse, so daß den Begriff des Verbrechens hier im weitesten Sinn und ohne andere Gegensätze, deren

---

gen, zunächst solcher, welche für unsern bestimmten Kreis von Pflichten hiefür angewiesen sind. Daß aber in beiden Fällen eine Vermittelung durch den eignen Willen und das Wissen des empfangenden und dadurch auch selbstthätigen Individuums statt finde, ist in unserer Untersuchung selbst gezeigt. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Metzger System der gerichtlichen Arzeneiwissenschaft. Fünfte von W. H. G. Remer erweiterte und berichtigte Auflage. Koenigsberg und Leipzig 1820. §. 414. Note d. Wo man allenfalls die Möglichkeit einer mit Erfolg anzuwendenden schädlichen Einwirkung auf eine andere Person zugeben könnte, wäre, im Fall Jemand bereits geisteskrank, aber im Stande der Heilung begriffen, oder sonst bei hiezu vorherrschender Disposition sich eben in einer Gemüthsstimmung befände, welche die höchste Sorgfalt der Behandlung, die strengste Entfernung alles dessen erfordert, was eine nachtheilige Aufregung verursachen könnte, und nun ein Anderer, absichtlich diesem allen entgegenhandelt. Dennoch ist auch hier nichts mit der Bestimmtheit zu erkennen, wie sie bei körperlichen Verletzungen, Tödtungen, statt findet, und zur Fällung eines gerechten Straf-Urtheils unerläßlich ist. Man kennt Beispiele entwürdigender schmählicher Behandlung, die bei Menschen von hohem Ehrgefühl — Wahnsinn — zur Folge hatte. Ueberhaupt ist unter den unzähligen Fällen solchen Leidens gewiß mancher, der durch andre Menschen veranlaßt wird, mancher, wo solche mehr oder minder ein Vorwurf treffen kann, aber man kann aus dem concreten möglichen Causalitäts-Verhältniß nicht den Schluß machen, daß dieses oder ein anderes Benehmen für die richterliche Beurtheilung und für die Gesetzgebung, ein hinreichender Grund seyn könne, ein anderes Gewicht darauf zu legen, als in dem früher entwickelten Verhältniß liegt.

Bezeichnung willkührlich ist, z. B. Vergehen davon zu trennen, also überhaupt für die Bewirkung eines dem Gesetze widerstrebenden Erfolges genommen — manche Verbrechen nur dolos, manche dolos oder culpos, aber keines lediglich culpos verübt werden kann. Der regelmäßige Fall aber ist, ohne daß hieraus eine Vermuthung des dolus gerechtfertigt werden dürfte, — Absicht, dessen der den gesetzwidrigen Erfolg bewirkt, so fern wir den Begriff eines Verbrechens allgemein ins Auge fassen, und davon gehen auch alle Strafrechtstheorien aus, indem sie nur, und nicht einmal alle, den Begriff der culpa mit aufnehmen. Hierin liegt aber kein Widerspruch gegen das allgemeine Erforderniß, daß die verbrecherische That ihren Grund in dem Wissen und Wollen des handelnden Individuums haben müsse, indem es — worin alle Theorien, wenn gleich jede auf eigenthümlichem Wege, übereinstimmen, möglich und nothwendig ist, auch in dem was als culpa bezeichnet wird, die Willens- oder Wissens-Richtung nachzuweisen. Es ergeben sich hiernach folgende Resultate der verschiedenen Verhältnisse der Absicht zu dem entstandenen Erfolge:

1) Die Einheit beider, der Absicht und des Erfolgs, so daß der letztere gewollt, und wie er gewollt, auch herbeigeführt, also erstere in dem letztern vollständig vorhanden ist, der Fall der eigentlichen Handlung, in der concreten Vereinigung ihrer Bestandtheile, oder, wie gewöhnlich gesagt wird, das Zusammentreffen und gegenseitige Entsprechen der s. g. innern und äußeren Handlung.

2) Die Trennung dieser beiden Momente, so daß sie in einem zu beurtheilenden Falle nicht vereint, sondern nur das eine oder andere vorhanden sind.

Wenn man von dem ersten Fall sagen dürfte, daß beide Größen einander congruent wären, und gleichsam deckten, so ließe sich von diesem andern bemerken, daß sie sich nur theilweise und so berührten, daß das Gebiet der einen, über

das der andern nach einer von jener nicht berührten Seite, hinausläge.

Näher gehören zu dieser Incongruenz zwei Fälle

a) Vorhandene Absicht und ein durch dieselbe bestimmtes Benehmen, ohne die erwartete Wirkung, die zum Thatbestande des Verbrechens gehört — Versuch, oder

b) Vorhandener vollständiger, dem Gesetz widersprechender Erfolg einer zwar zuzurechnenden, jedoch rücksichtlich der Beziehung auf diese Wirkung nicht absichtlichen Thätigkeit — culpa, bei welcher nehmlich, da auch hier eine Handlung mit ihren Merkmalen zur Beurtheilung kommt, nicht Mangel an irgend einer Absicht statt findet, sonst wäre casus vorhanden, sondern nur die vorhandene Absicht auf etwas anderes, möge dieses selbst auch etwas widerrechtliches gewesen seyn, oder nicht, als auf den durch das dadurch bestimmte Benehmen veranlaßten Erfolg gerichtet war.

Kein Versuch findet also anders als absichtlich statt, und keine culpa ist strafbar, als so fern zum Thatbestande ein gewisser Erfolg gehört, der nicht eintreten sollte, dessen Vermeidung Pflicht ist, so daß, wenn es dennoch geschah, die Willensbestimmung, selbstständig für den Thatbestand nicht, wohl aber, für den Grad der Strafwürdigkeit in Betracht kommen kann.

Machen wir nun hievon die Anwendung auf das fragliche Verbrechen der Beraubung der s. g. Verstandeskräfte. Wir müssen dabei zuvor bemerken, auf welche Weise dasselbe, nach der Ansicht der Vertheidiger desselben, als eines selbstständigen begangen werden kann. Man rechnet hieher besonders zwei Fälle:

1) Den einer mehr s. g. positiven Thätigkeit, wenn durch mechanische Einwirkung, auf den Körper, z. B. durch Schläge auf den Kopf, Stupidität ꝛc., oder wenn durch Mittheilung eines Stoffes der mehr innerlich, aber zunächst mittelst des Kör-

pers sich nachtheilig wirkend äußert, eine geistige Störung hervorgebracht wird.

2) Den eines mehr negativen Verhaltens, eine s. g. Unterlassung, die jedoch hier, wie auch sonst anerkannt wird, eine wirkliche Handlung ist, wenn nehmlich in der zum Thatbestande erforderlichen bösen Absicht, alles das entfernt wird, was zur Entwicklung der geistigen Kraft dienen könnte, so daß dadurch nicht eine s. g. Beraubung der Geisteskräfte, aber eine Unterdrückung, die Unmöglichkeit ihrer Ausbildung und des Gebrauchs statt finde.[39])

Was nun das absichtliche Bewirken eines solchen Erfolgs betrifft, so ist in Beziehung auf die zuerst genannte Art des Verfahrens zu erinnern, daß es in Niemands Macht steht, einen solchen Effekt herbeizuführen. Zunächst schon bei den äußerlich mechanischen Angriffen auf edle Körpertheile, insbesondere solcher, auf welchen, wie Tittmann[40]) sich ausdrückt, der Geistesorganismus beruht, wird sich nicht nur meist der Nachtheil als äußerlicher Schaden, Verwundung, Verletzung der körperlichen Integrität allein, oder wenigstens in Concurrenz mit dem geistigen Nachtheil ergeben, sondern so wie es außerhalb der Berechnung des Uebelthäters steht, nur letztere herbeizuführen, so wird auch bei der Beurtheilung hauptsächlich das berücksichtigt werden müssen, was die

---

39) Tittmann a. a. O. §. 179. 180. — Salchow Archiv für Freunde der Philosophie, des Rechts und der positiven Jurisprudenz. I. Bd. 1. Stück. Jena und Leipzig 1805. S. 49 ꝛc. Hier ist auch S. 14 bis 48. die angeführte Dissertation von Tittmann abgedruckt. In dem Verzeichniß der Schriften Erhard's, welches dessen Entwurf eines Gesetzbuchs über Verbrechen und Strafen für die Königlich Sächsischen Länder, (Gera und Leipzig 1826.) S. XXXI. vorgedruckt ist, wird zwar diese Abhandlung, mit dem Beisatz „resp. Tittmann" ersterm zugeschrieben, aber mit Unrecht.

40) a. a. O. §. 179. Nr. 1.

nächste Absicht und That, die Handlung des Verbrechens war, dieß ist hier aber die körperliche Mißhandlung, Verletzung, deren Thatbestand, wenn er vollständig vorliegt, nicht unbeachtet bleiben darf. Welche entferntere Absicht der Thäter hatte, kommt selbstständig so wenig in Betracht als bei dem Morde die weiteren Zwecke, die der Verbrecher dadurch erreichen wollte, wenn nicht, wie z. B. bei dem Verbrechen des Hochverraths dadurch, und durch eben diese Absicht zu deren Erreichung ein anderes Verbrechen als Mittel dienen sollte, der Thatbestand eines eignen schwereren Verbrechens begründet wird. So wie aber die Zurechnung sich auch auf andere nicht unmittelbare, aber gekannte, und von dem Wissen und Wollen mit aufgenommene Folgen erstrecken muß, so wird allerdings in jenen Fällen einer körperlichen Verletzung, die zugleich einen geistigen Schaden herbeiführten, die Strafbarkeit erhöht werden; und dieß ist einfach, wenn man, wie es neuerlich geschieht, alles unter den Gesichtspunkt der Gesundheitsverletzung stellt, deren Strafe eine unbestimmte, nach der subjektiven und objektiven Seite des concreten Falles näher zu ermessende ist.

Aehnliche Rücksichten treten ein bei der Mittheilung anderer nicht sichtbar mechanisch wirkender Stoffe — Gift[41]), deren Erfolg sich theils meist wieder auf den Körper

41) Bekanntlich streiten noch immer die Aerzte und Naturforscher über den Begriff des Giftes. Für den Gebrauch in der gerichtlichen Praxis genügt aber die Bestimmung von Henke Lehrb. der gerichtlichen Medicin §. 560. 561. Remer a. a. O. §. 202 ꝛc.

Wenn es demnach kein absolutes Gift giebt, so ist die Anerkennung eines relativen für den concreten Fall hinreichend, und es kommt, so wie bei den durch mechanische Einwirkungen erfolgten Tod oder Verletzungen nur die Frage zu beantworten ist, ob in dem zur Beurtheilung vorliegenden Falle diese Einwirkungen die Ursache des Todes ꝛc. waren, auch hier nur darauf an, ob in diesem Falle die mitgetheilte Substanz als Gift schädlich gewirkt habe; so wie es in keinem dieser beiden Fälle eine Milderung der Strafe des Thäters begründen kann, wenn irgend ein-

unmittelbar, und nur als weitere mögliche, aber seltene und außer der Berechnung des Thäters stehende Folge auf die geistige Gesundheit des Verletzten äußert, theils auch schon nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts anders behandelt wird. Denn die Mittheilung von Giftstoff ist ein selbstständiges Verbrechen, bei welchen zum Thatbestand nur eine an Leib oder Leben erfolgte Beschädigung gehört, auf deren Bewirkung, ohne Unterscheidung der von uns s. g. Vergiftung im engern Sinn, und des eigentlichen Giftmordes, eine geschärfte Todesstrafe steht. Die Gründe dieses Gesetzes, und die weitere Gestaltung durch die Praxis, sind bekannt, und so darf nur, mit Rücksicht auf die Art wie die P. G. O. zu erklären und zu ergänzen ist, erinnert werden, daß durch die Worte „Leib oder Leben beschedigt“ [42]) keineswegs der hervorgebrachte Erfolg einer geistigen Störung ausgeschlossen sey. Zunächst ist also auch hier wieder die Mittheilung des Giftes, in der Absicht zu beschädigen, das was als Thatbestand in Verbindung mit dem wirklich hervorgebrachten Schaden in Betracht kommt, und es begründet für den Verbrecher keine Ausnahme von dem Art. 130. wenn der Schade sich lediglich an der geistigen Integrität des Angegriffenen äußerte, am wenigsten wenn er eine gerade hierauf gerichtete boshafte Absicht hatte, welcher diesesmal der Erfolg entsprach. Umgekehrt, wenn eine in solcher Absicht erfolgte Mittheilung von Gift eine der physischen Gesundheit nachtheilige Wirkung hervorbrächte, würde nicht ein Versuch der Geistesstörung zu bestrafen seyn, sondern wieder das Gesetz seine unmittelbare Anwendung finden müssen. Wird nun aber zu jedem Verbrechen erfordert, daß es überhaupt möglich sey und der Thäter es, so

mal dergleichen schädliche Einwirkungen durch schleunige Hülfe der Kunst beseitigt wurden, oder hätten beseitigt werden können; genug, daß hier der Schaden wirklich durch die zuzurechnende Handlung des Andern entstand.

42) Art. 130. Vgl. Bamb. H. G. O. Art. 155.

weiß es von ihm abhängt, in seiner Macht habe, durch Anwendung gewisser Mittel, überhaupt durch ein hierauf berechnetes Verfahren, den gesetzwidrigen Erfolg herbeizuführen, so daß er in diesem Bewußtseyn sich zur That entschließt, so ergiebt sich nach dem Bisherigen, daß hier ein eigenes selbstständiges Verbrechen nicht angenommen werden könne, daß hiezu nicht nur keine Veranlassung sey, weil es nicht an andern auf bestimmtere rechtliche Grundsätze zurückzuführenden Regeln fehlt, sondern daß im Gegentheil die selbstständige Behandlung dieses angeblichen Verbrechens gegen Geisteskräfte, wegen der Schwierigkeit, oft Unmöglichkeit, den Thatbestand herzustellen, zu manchen Nachtheilen, wie weiter unten gezeigt werden soll, führen müßte, indem häufig wegen angeblicher Nichtvollendung, oder wegen Mangels an sämmtlichen Merkmalen des Thatbestandes, nicht auf eine angemessene Strafe, sondern eine gelindere, in diesem Sinne außerordentliche, erkannt werden müßte.

Mehr Schwierigkeit bietet der zweite Fall dar, bei welchem nicht die Möglichkeit einer absichtlich nachtheiligen Einwirkung auf den Geist in Abrede gestellt werden kann. Denn da hier nicht die Rede davon ist, daß einem Individuum von bereits mehr ausgebildeten und entwickelten Geisteskräften, diese durch eine hierauf gerichtete Uebelthat geschwächt, gehemmt oder gestört, und eine Geisteskrankheit hervorgebracht werde, sondern vielmehr daß der Möglichkeit solcher Entwickelung absichtlich Hindernisse in den Weg gelegt werden, da es ferner nicht zu leugnen ist, daß wie Beispiele aller Zeiten lehren [43]) durch gänzliche Entfernung eines Kindes von aller menschlichen Gesellschaft, mit der Verhinderung der Erlernung der Sprache, auch die damit zusammenhängende weitere geistige Ausbildung unterdrückt wird, so muß man allerdings zugestehen, daß hier der früher gemachte Einwand, es stehe nicht in der Macht des Verbrechers, den Erfolg den

43) Tittmann a. a. O. §. 179. Note g.

er beabsichtigt sicher zu bewirken, nicht so gegründet sey. Alles was zum Thatbestand erfordert wird, Absicht, ein durch dieselbe bestimmtes Benehmen, Mittel welche geeignet sind diesen Erfolg wirklich zu machen, endlich die Vollendung durch Eintreten desselben, wenn nehmlich jene Absonderung und Verwahrlosung so lang gedauert hat, daß auch eine spätere menschliche Einwirkung und alle Kunst der Erziehung fruchtlos ist, um den Mangel früherer Ausbildung zu ersezzen — alles dieß ist hier möglich, und wir könnten demnach wenigstens diesen Fall als selbstständig charakterisirt zugeben. Dennoch scheint auch hiezu kein praktischer Grund vorhanden zu seyn. Zuerst ist zu erinnern, daß nicht leicht mit der zu einer rechtlichen Verurtheilung, in eine hier stets schwere Strafe, (man will solches Verbrechen dem der Tödtung gleich achten) erforderlichen Gewißheit wird dargethan werden können, daß eine gänzliche Beraubung der Verstandeskräfte und eine Unmöglichkeit der Wiederherstellung, statt finde, man müßte dann doch Versuche anstellen die längere Zeit hindurch fortzusetzen wären, und würde deren Mißlingen nicht lediglich dem Verbrecher zur Last legen können — und so würde hier meist eine Unvollständigkeit des Thatbestandes anzunehmen seyn. Dieses aus praktischen und politischen Rücksichten gleich ungünstige Resultat, welches ohnedem faktisch oft genug hervortritt, darf wenigstens nicht durch die Gesetzgebung selbst so herbeigeführt werden, daß es nach den vom Gesetze selbst aufgestellten Erfordernissen beinahe regelmäßig zum Vorschein kommen müßte. Es kommt aber noch ein anderer erheblicher Grund hinzu. Selten wird ein Verbrechen dieser Art, und selbst wie es in dem vorigen Falle bezeichnet ist, wo es auch äußerlich unter einen andern Gesichtspunkt fällt, aus der reinen Bosheit, Jemand unvernünftig zu machen, oder nicht zur Vernunft kommen zu lassen, begangen werden, sondern, weil doch gewöhnlich der Verbrecher nicht blos das Uebel des Andern, sondern irgend eine Befriedigung für sich selbst, die Erreichung irgend eines Zweckes sucht, wird sich diese Uebelthat meistens als Vorbereitung eines andern Verbrechens

darstellen. Dahin könnte man rechnen, wenn die Absicht da wäre, Jemand als blödsinnig von der Verwaltung seines Vermögens, von der Regierung ꝛc. auszuschließen. Nun ist zwar bereits oben bemerkt worden, daß es zunächst bei der rechtlichen Beurtheilung nur auf die That, nicht sofort auf den entfernten durch dieselbe zu erreichenden Zweck ankomme, allein dieser, und die hierauf gerichtete Absicht sind doch nicht von der Beurtheilung ausgeschlossen, müssen vielmehr als wichtige für dieselbe hinzutretende Momente gerechterweise mit in Betracht gezogen werden, und allemal kommen sie auch selbstständig, und jene That nur als Mittel in Betracht, wenn dadurch der Begriff eines eignen schwerern Verbrechens begründet wird. Es scheint jedoch kaum nöthig zu bemerken, daß, wenn die Strafe nach einem unbestimmten Gesetze erst im concreten Falle festzusetzen ist, auch auf die zur Erreichung der verbrecherischen Absicht gebrauchten Mittel Rücksicht genommen werden müsse. Nun wird sich aber meist zeigen lassen, daß die zuletzt angegebene Art, wie das fragliche Verbrechen verübt werden kann, schon durch die Begehung selbst unter den Begriff eines andern Verbrechens falle. Dieses schändliche Verfahren, dessen Folge die Unterdrückung des geistigen Wachsthums ist, macht nehmlich schon an sich ein gemeinrechtlich und landesrechtlich besonders hervorgehobenes Verbrechen aus, und wird in der Regel unter den Begriff einer widerrechtlichen Gefangenhaltung, des Menschenraubes, der Unterdrückung der persönlichen Freiheit gezogen werden müssen, ohne welche es fast unmöglich seyn wird, jenes Benehmen so lange als zur Entstehung des unheilbaren Schadens erforderlich ist, fortzusetzen, und jene traurigen Erfolge herbeizuführen.[44]) Und ohne behaupten zu wollen, daß die Unterdrückung der geistigen Freiheit ein geringeres Vergehen, als die der körperlichen sey, so muß man doch zugestehn, daß alsdann erstere nur ein

44) Mein System ꝛc. §. 217. Note 76. und §. 227.

Theil eines weiter ausgedehnten Verbrechens sey. Es wird nehmlich in der That die ganze individuelle (geistige und körperliche) Persönlichkeit dadurch afficirt, und für diesen Fall sind in unsern Rechten bestimmte Vorschriften vorhanden, unter welche sich derselbe einfach und mit einer Sicherheit subsumiren läßt, durch welche es möglich wird, der Gerechtigkeit mittelst Bestrafung des Missethäters vollständig genug zu thun, ohne in Gefahr zu gerathen, jene oben bemerkbar gemachten Nachtheile, die aus der Ungewißheit des Thatbestandes entstehen, herbeizuführen.

Es dringt sich aber auch ferner noch diese nicht unpraktische Betrachtung auf. Man spricht hier gewöhnlich nur von einem Verbrechen gegen die Geisteskräfte in der Art wie wir es bisher betrachtet haben, und übergeht dabei einen theils daneben eintretenden wohl nicht minder wichtigen Gesichtspunkt, der auch als ein eigner Fall hervortreten kann — ich meine den des Unrechts und des Frevels, dessen man sich an der Sittlichkeit, Denkart und Moralität eines Andern schuldig machen kann, wodurch dieser dem höchsten Verderben Preis gegeben und sonst noch erheblicher Nachtheil gestiftet wird. Ich sage, daß diese Rücksicht eine bei dem andern Verbrechen hinzutretende ist, indem, wo überhaupt die geistige Entwicklung unterdrückt wird, auch keine religiöse, sittliche und rechtliche Bildung statt finden kann, und dadurch dem Menschen das Beste entzogen wird. Denn auch diejenigen welche, wie es wohl aus Mißverständniß oder selbst aus gutem Eifer geschieht, die geistige Bildung, der Gesinnung gefährlich achten, was doch nur von einer falschen, die den Namen ächter gediegener Bildung nicht verdient, gesagt werden kann, müssen zugestehen, daß ohne diese Grundlage und die Fähigkeit der Einsicht und Erkenntniß überhaupt auch jene tiefere religiöse und sittliche Bildung unmöglich sey. Ein Beispiel bietet der Zustand ununterrichteter Taubstummer und ihrer rechtlichen Behandlung dar. Zwar dieser Fall macht den Gegnern keine besondere Schwierigkeit, weil er eben mit dem andern der geistigen Unterdrückung überhaupt

zusammenfällt, und sie eben dieses Verbrechen als ein todeswürdiges, oder demselben nahe kommendes, betrachten. Indem wir jenes Zusammenfallen anerkennen, bietet sich aber kein Grund einer abweichenden Behandlung dar, und wir stellen daher einen solchen Fall unter die so eben betrachteten rechtlichen Gesichtspunkte. Dagegen kann auch an solchen, (und recht eigentlich) welche die allgemeine Grundlage der Verstandesentwickelung besitzen, ein weit ärgerer Frevel verübt werden, durch Verführung, Verderbung ihrer Moralität, Beibringung schlechter Grundsätze und Vergiftung ihrer bessern, wenigstens bisher nicht schlecht gewesenen Gesinnung. Und hier findet auch in so fern noch eine Selbstständigkeit der Handlung statt, als dergleichen gefährliche Einflüsse wohl am häufigsten ohne jene widerrechtliche Einwirkung auf die Freiheit, wie wir oben gezeigt haben, vorkommen. Wenn aber solche nachtheilige Handlungsweise — die jedoch auch ohne die Absicht einen Andern zu derderben denkbar ist, z. B. indem Jemand seine Religions- oder Staatsgefährliche Lehre für die wahre hält, und sie glaubt ausbreiten zu müssen, nicht als ein Verbrechen angesehen wird, nehmlich selbst von denen nicht, welche eine eigne Klasse von Verbrechen gegen die Geisteskräfte annehmen, so kann man den Grund hievon nicht darin suchen, daß der Staat und seine Strafrechtspflege sich gegen religiöse, sittliche ꝛc. Rücksichten fremd verhalte, und nur die eigentliche Rechts-Verletzung ahnde — eine Ansicht der vieles, auch außer dem positiven Rechte widerspricht. Consequent würde man dasselbe für oder gegen die Aufstellung des Begriffs eigener „delicta in vires mentis commissa“ behaupten dürfen. Jenes geistige und sittliche Element ist, wie ich früher gezeigt habe, und gegen Widersprüche wohl zu vertheidigen mich getraue, nicht ein Recht der Person, welches gleich andern Rechten eine äußerliche Werthbestimmung, Verfügung, Verletzung und Schutz gestattet, sondern es ist in seiner Bedingung wesentlicher Bestandtheil der ganzen, als solchen berechtigten Persönlichkeit, die durch Angriffe hierauf — auch in ihrer Sittlichkeit, z. B.

bei dem Verbrechen der Nöthigung,[44b]) selbst afficirt wird. Aber darin scheint mir allerdings ein wichtiger Unterschied, und daher auch ein Grund zu liegen, diesen Fall nicht mit den andern parallell zu stellen, daß es schwer, fast unmöglich seyn wird, nachzuweisen, wie viel in solchem Falle Schuld dessen ist, welcher sich mittheilend, und dessen, der sich angeblich empfangend verhält, weil nehmlich letzterer eben in der Eigenschaft eines Empfangenden, zugleich mehr oder minder selbst thätig seyn muß. Die in ihm gelegten verderblichen Keime werden von ihm genährt und gepflegt, und die etwa daraus hervorgehende unsittliche oder unrechtliche Handlungsweise fällt ihm, wie verschieden auch die Beurtheilung seyn möge, doch selbstständig zur Last, und er wird dafür mit Recht verantwortlich gemacht. Wir wollen nicht davon reden, daß eine so genaue Kontrolle über die Gefährlichkeit von Reden, Schriften ꝛc. theils unmöglich sey, theils so fern sie statt findet, nicht ohne große Unsicherheit und Unterdrückung intellektueller Freiheit vollführt werden könne; man hat auf der einen Seite hierin Freiheit genug und der Staat muß in sich, seiner Vernunftmäßigkeit, und der bessern Gesinnung seiner Mitglieder Macht im hinlänglichen Grade besitzen, um einzelne Abweichungen, ohne Gefahr für sich und die Unterthanen ertragen, und nachsehen zu können; andererseits ist von jeher dem Einflusse wirklich verderblicher Lehren ein Gegen-

44b) In der gerade jetzt vielfach zur Sprache gekommenen widerrechtlichen Behandlung des ꝛc. Hausers zu Nürnberg, ist mit Recht, bei Gelegenheit der mit des Präsidenten von Feuerbach Namen unterzeichneten öffentlichen Aufforderung vom 6ten November v. J. ausdrücklich auf das Verbrechen widerrechtlichen einsamen Gefangenhaltens ꝛc. Bezug genommen worden. Auch in dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs ꝛc. von Fr. C. v. Strombeck, Braunschweig 1829. ist mit Recht Art. 398. bei dem Verbrechen widerrechtlicher Gefangenhaltung, es als ein erschwerender Grund aufgeführt, wenn der Gemißhandelte Nachtheile an seinen Seelenkräften, oder seiner Verstandes-Entwickelung erlitten hätte.

gewicht entgegengesetzt werden, wiewohl auch hier oft, und selbst wenn die Kirche dieses gethan hat, Willkühr und andere als rechtliche und sittliche Gründe sich geltend gemacht haben. Wir übergehen weitere nicht mehr dem Gebiet des Rechts angehörige Erörterungen über das Wesen der Censur, Preßfreiheit ꝛc. aber gewiß ist es, daß wegen des verderblichen Einflusses einer Lehre und der dadurch von Andern bewirkten Nachtheile unabhängig von der Strafbarkeit des Urhebers der erstern, auch diese Andern, so weit hier rechtliche Beurtheilung zuläßig ist, derselben unterworfen werden müssen. Lassen wir aber diese Fälle, möglicher schädlicher Einwirkung im Allgemeinen, und auf unbestimmte Weise, in allen Arten der Mittheilungen, ferner pädagogische Mißgriffe bei Seite, und halten uns mehr an den Fall eines absichtlichen schädlichen Einflusses auf die sittliche und rechtliche Gesinnung eines Einzelnen, der einer selbstständigen Zurechnung bereits fähig ist, so ergeben sich für die Betrachtung zwei Hauptfälle:

1) Der einer solchen absichtlichen Verderbung der bessern Grundsätze eines Andern, ohne Rücksicht auf die von letzterm dadurch weiter hervorgebrachten Nachtheile; indem hier nur die Rede ist von dem an der Person des letztern selbst gestifteten Schaden. Hier wird man unterscheiden müssen, ob die Handlung, wenn sie gehörig erwiesen ist, unter den Gesichtspunkt irgend eines andern Verbrechens fällt, z. B. der Verletzung der Pflichten eines Seelsorgers, Erziehers, Lehrers, Vormundes oder sonstigen Vorgesetzten, ist dieses der Fall, wie es bei dem Verbrechen der Kuppelei unter andern möglich ist, so müssen solche hierauf sich beziehende strafrechtliche Bestimmungen zur Anwendung kommen. Zugleich aber und in allen andern Fällen wird hier, wo eine Vermittelung durch das eigne Wissen und Wollen des Verführten statt findet, dieser den Nachtheil selbst tragen müssen, und so fern der andere gleich zu erwähnende Gesichtspunkt eintritt, auch verantwortlich ge-

macht werden; aber es wird eben so schwer seyn für andere Fälle, z. B. bei den aus dem Umgang mit verdorbenen Menschen entstandenen sittlichen Nachtheilen, die Absicht und die übrigen Merkmale des Thatbestandes des angeblichen Verbrechens zu erweisen, als eine sichere Grenzlinie für die Beurtheilung der Strafbarkeit auszumitteln, als es überhaupt wenn es möglich wäre, wieder andere Gefahren mit sich führen würde, hierauf strafrechtliche Bestimmungen selbstständig anzuwenden. Die Gründe sind dieselben die früher entwikkelt worden sind. Wenn wir auch dem Gebiet des Strafrechts nicht die engsten Grenzen setzen und dasselbe von der Sittlichkeit losreißen dürfen, so kann doch nicht jegliche verwerfliche Handlungsweise demselben unterworfen werden, und es ist hier, wie in andern Fällen, ein höheres Gericht, Urtheil und Strafe, nach eigner Zurechnung anzuerkennen.

2) Der andere Fall läßt sich leichter unter bestimmte rechtliche Gesichtspunkte stellen, wenn nehmlich der auf solche Weise Verführte sich eigne strafrechtlich zu behandelnde Vergehen zu Schulden kommen ließ. Wenn nehmlich

a) Gerade hierauf, auf die Verübung eines bestimmten Verbrechens, die Absicht des Verführers gerichtet gewesen war, so kommen, mit näherer Berücksichtigung der concreten Gestaltung des zur Beurtheilung vorliegenden Falles, die bekannten rechtlichen Grundsätze über die Strafbarkeit des s. g. intellektuellen Urhebers oder Anstifters, im Verhältniß zu dem s. g. physischen zur Anwendung.

b) Wenn dieses aber nicht der Fall war, sondern nur im Allgemeinen der Verführte, sich, ihm als Verbrechen allein zur Last fallende Handlungen erlaubte, so trifft ihn deren gesetzliche Strafe, wobei es jedoch unter den Rechtslehrern bestritten

ist, welchen Einfluß die Verführung, böses Beispiel, schlechte Erziehung, auf die mildere, oder wie manche nach ihrer Theorie wollen, härtere Beurtheilung des Straffälligen haben müsse.

In diesen beiden Anwendungen aber betrifft die Beurtheilung nur eben die verbrecherische bestimmte That des einen oder beider Schuldigen; sie bezieht sich nicht auf den intellektuellen Nachtheil der an dem andern gestiftet wurde, so wie wenn z. B. die intellektuellen und physischen Urheber wegen eines ihnen beiden zuzurechnenden Verbrechens zur Strafe gezogen werden, darüber, daß durch erstern ein vielleicht bisher gutgesinnter Mensch so verdorben wurde, daß er auch in der Folge noch mehrere Frevel verübte — nicht mit entschieden wird. Und wenn dieses, so wie etwanige weitere Verschechterung, zu der wohl selbst der Aufenthalt in einer Strafanstalt mit beitragen kann, der Fall ist, so wird rechtlich nothwendig, für die Folgen der zweite in Anspruch genommen, und alles andre was hiebei noch zu bemerken wäre, fällt unter den erstern Geschtspunkt.

Kehren wir nun zu dem Gegenstand der Betrachtung im Verhältniß zu der Willensmeinung des Thäters zurück. Wir haben gesehen daß, und in wie fern, ein selbstständiges absichtliches Verbrechen gegen die s. g. Geisteskräfte nicht angenommen werden könne, und daß nach gemeinem Recht keine Veranlassung hierzu vorhanden sey, indem, so weit hier überhaupt das Gebiet des Strafrechts berührt wird, es nicht an rechtlichen Gesichtspunkten fehlt, unter welche die Handlung gestellt werden kann. Fehlt es an solchen, wo also am ehesten das Bedürfniß entstehen konnte, den Begriff eines eignen neuen Verbrechens aufzustellen, da wird es sich nachweisen lassen, daß der Grund nicht in dem Mangel der Gesetzgebung, der Theorie oder Praxis, sondern in der Sache selbst liege, welche eine rechtliche Würdigung aus-

ſchließt. Es fragt ſich nun aber weiter, ob ein Verſuch eines ſolchen Verbrechens anzunehmen ſey. Nach verſchiedenen Vorausſetzungen muß die Antwort ſelbſt verſchieden ausfallen. Die Möglichkeit des Verbrechens überhaupt vorausgeſetzt, als eines, was hier ſtets zur Vermeidung von Mißverſtändniſſen bemerkt werden muß, ſelbſtſtändigen, müßte auch die eines Verſuchs zugegeben werden, und dieß iſt von beſonderer Wichtigkeit, weil bei dem gewiß häufig ausbleibenden letzten Erfolg einer in ſolcher verbrecheriſchen Abſicht unternommenen Einwirkung auf eine Perſon, die Fälle, wo ein näherer oder entfernterer Verſuch zu ahnden wäre, faſt die Regel ausmachen würden. Umgekehrt, wenn wir es in Abrede ſtellen, daß dieſes eigenthümliche Verbrechen im eigentlichſten Sinne verübt werden könne, werden wir conſequent auch einen Verſuch deſſelben läugnen müſſen. Indeß könnte dieſer doch von denjenigen angenommen werden, welche der Anſicht ſind, daß es bei dem Verſuch nicht auf die Beſchaffenheit der Mittel, nicht auf deren Tauglichkeit zur Erreichung des vorgeſetzten verbrecheriſchen Zweckes ankomme. Hier betreten wir dann wieder das Gebiet einer andern Controverſe, deren Löſung, ſo fern man ſich nicht an die Beſtimmung der Quellen hält welche „etliche ſcheinliche Werke“ erfordern „die zu Vollendung der Miſſethat dienlich ſind,“ wieder nur aus dem Standpunkt gewiſſer Theorien möglich iſt, und uns dann noch in ein weiteres Feld von Controverſen führt. Wie demnach die Frage bejahend oder verneinend zu beantworten ſey, bedarf hier keiner weitern Ausführung, und es genügt, im Zuſammenhang mit den früher gemachten Bemerkungen für unſern und den quellenmäßigen Standpunkt dieſe Möglichkeit zu beſtreiten. Indeß folgt daraus nach der bisherigen Begründung unſerer Anſicht keineswegs die Strafloſigkeit der angeblichen Verſuchshandlung. Denn wenn wir jenes ſelbſtſtändige Verbrechen, und demnach auch den Verſuch eines ſolchen nicht anerkennen, ſo wird dadurch doch nicht das mögliche Daſeyn eines Verbrechens überhaupt, oder des Verſuchs ei-

nes solchen geleugnet; und es kommt vielmehr darauf an, im concreten Falle näher die Beschaffenheit der That und demnach denjenigen gesetzlichen Gesichtspunkt auszumitteln, unter welchen dieselbe gestellt werden muß. Hiervon wird sich dann nach den gemachten Auseinandersetzungen und den früher angegebenen quellenmäßigen Rücksichten die Anwendung ohne Schwierigkeiten machen, und wenn eine solche nicht möglich, die That in keiner Hinsicht hiezu geeignet ist, so wird auch keine rechtliche Strafe verwirkt seyn.

Endlich gedenken wir des Falles einer durch culpa verursachten Geistesstörung. Wiederum wird hier, wie in dem so eben erörterten Falle, die Antwort durch die Prämissen bestimmt werden, ob man hier von einer culpose bewirkten Geistesstörung, oder von culpa überhaupt, in Beziehung auf eine andre Handlung, welche diesen traurigen, nicht beabsichtigten Erfolg hatte, sprechen will. In der Regel wird und muß eine vermittelnde Handlung vorhergehen, welche, wie sich aus der frühern Untersuchung ergiebt, in ihrer Eigenthümlichkeit zu würdigen ist, und wonach, so fern sich dieselbe zur criminellen Ahndung eignet, es der Weise der Beurtheilung anheimfällt, wie fern jener Erfolg mit unter dieselbe gezogen werden müsse. Sollte dieses nicht statt finden, so wird auch hier wieder kein Gegenstand für die Strafgerechtigkeit vorhanden seyn.

Werfen wir nun einen Blick auf neuere Gesetzgebungen und Entwürfe.

Das Preußische A. L. R. Th. II. Tit. 20. spricht an zwei Stellen von diesem Verbrechen, nehmlich bei Gelegenheit solcher verbrecherischer Handlungen, welche unter andern auch diesen Erfolg haben können, und schließt sich dadurch im Ganzen mehr noch dem gemeinen Recht an, indem es nur einen bestimmten Schutz auch für die geistige Integrität, nach dieser Seite hin verheißt, ohne daß man, wie es geschehen ist, zu der Behauptung berechtigt wäre, das gemeine Recht biete keine Gesichtspunkte dar, unter welche jene Fälle gezogen werden können. Es handelt nehmlich §. 796. von vorsetzlichen Beschädigungen und gedenkt schon §. 797.

schädigung, wird mit Rücksicht auf den Erfolg geahndet, war dieser

a) der Tod so ist 10 — 15jährige Festungs- oder Zuchthausstrafe verwirkt. (§. 867.)

b) Unheilbarer Wahnsinn 8 — 10jährige Festungs- oder Zuchthausstrafe. (§. 868.)

c) Eine andere Krankheit, so soll nach der nähern Beschaffenheit 4 — 8jährige Zuchthausstrafe erkannt werden. (§. 869.)

Man sieht also hieraus, daß keineswegs alle Fälle in denen jener Schade, dessen Bewirkung man zum Gegenstand eines eignen Verbrechens machen will, hervorgebracht wird, selbstständig, sondern daß sie in der Regel als Störung der Gesundheit, durch Körperverletzung oder Vergiftung, als Versuch der Tödtung, als culpose Tödtung ꝛc. aufgefaßt werden, und damit ist denn auch im Ganzen der Sache ihr rechter Standpunkt angewiesen. Allerdings wird unter beiden Gesichtspunkten, dem der körperlichen Mißhandlung und dem der Vergiftung, auch der Absicht den Wahnsinn zu verursachen, als einer solchen gedacht, deren Erreichung in der Gewalt des Urhebers stehe, und hiegegen ist denn auch zu bemerken, was früher erinnert wurde. So wie aber das Preuß. Recht selbst diese Fälle unter andre allgemeine Gesichtspunkte subsumirt, und nirgends eine eigne Klasse der Verbrechen gegen die s. g. Geisteskräfte aufstellt, so ergiebt sich auch aus den angeführten Stellen selbst, und der Lehre von der Tödtung und den verschiedenen Arten der Gesundheitsstörung, daß, wenn ein Versuch zu bestrafen ist, dieser nicht auf die Verursachung des Wahnsinns, wäre diese auch beabsichtigt, sondern auf das Verbrechen bezogen werden soll, welches zunächst in der Handlung selbst enthalten ist, also Versuch der Tödtung, culpose Tödtung, vollendete Vergiftung, und eine dadurch bewirkte größere oder geringere Beschädigung der Gesundheit überhaupt ꝛc.

Schwierigkeit macht dabei die Erörterung der Frage, ob der Wahnsinn heilbar sey oder nicht, woran sich prak-

tische Folgen knüpfen sollen. Auch die Frage, ob überhaupt Wahnsinn ꝛc. vorhanden sey, wird in so fern schwer zu ermitteln seyn, als man in unserer Zeit geneigt ist, den Verbrecher mehr als den Verletzten zu begünstigen, und den Thatbestand wo möglich als unvollständig erscheinen zu lassen, so daß es nach gewissen Ansichten nicht auffallen kann, wenn nicht der Verletzte, sondern der Urheber des Frevels für wahnsinnig erklärt wird.

Das Französische Strafgesetzbuch stellt das einfache Princip auf, daß eine in anderer Absicht, namentlich zu tödten, begangene Vergiftung, als qualificirt zu bestrafen sey, welches auch die Folgen derselben seyn. Hier ist eine verursachte Geistesstörung zwar nicht bestimmt genannt, aber nothwendig mit darunter verstanden, wie sich aus der allgemeinen Fassung des Art. 301. des Code pénal ergiebt, die man eben wegen der Vielgestaltigkeit eines solchen Verbrechens für unerläßlich hielt.[45])

---

45) Code pénal Art. 301. „Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne, par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été enployées on administrées, et quelles qu'en aient été les suites.“ Durch die hier gemachte Beschränkung eines attentat à la vie d'une personne ist zwar scheinbar der Begriff verengert, und umfaßt nicht die andern Fälle, schädlicher beabsichtigter Einwirkung, ohne lebensgefährliche Absicht. Allein wie es auch die P. G. O. auffaßt, daß zwischen Giftmord und Vergiftung im engern Sinn kein Unterschied der Strafbarkeit statt findet, da der Tod als mögliche Folge von dem Verbrecher vorausgesehen, und in seinem Willen mit aufgenommen wird, weil er außer Stande ist, die Grenze der schädlichen Wirkung zu bestimmen, und den größern Nachtheil zu verhindern, so muß wohl jede vorsätzliche, in der Absicht zu schaden, geschehene Mittheilung von Gift als ein attentat à la vie angesehen werden. Doch folgt daraus nicht, daß in jedem Fall, wie es das Französische Recht vorschreibt, dieselbe höchste Strafe anzuwenden sey, und unsere ein-

Auf ähnliche Weise hat auch, und mit Recht, das Baierſche Strafgeſetzbuch kein eignes Verbrechen gegen die Geiſteskräfte angenommen, ſondern indem es das Verbrechen prämeditirter körperlicher Mißhandlung Th. I. Art. 179 ꝛc. in mehrere Grade unterſcheidet und näher beſtimmt, daß eine Verurſachung der Unbrauchbarkeit zu Berufsarbeiten, den dritten Grad des Verbrechens ausmachen ſoll, Art. 181., ſo verfügt es im Art. 182. daß die hierauf geſetzte 12 bis 16jährige Zuchthausſtrafe auch anzuwenden ſey, „wenn der Beſchädigte durch die gewaltſame Mißhandlung in Raſerei, Wahnſinn, Blödſinn und an-

---

heimiſche Praxis, wie mit ihr neuere Theorie und Geſetzgebung, haben den im Begriffe liegenden Unterſchied des Mordes durch Gift, und der bloßen Geſundheitsſtörung, auf eine richtigere Weiſe aufgefaßt. Es iſt aber, ſelbſt wenn die unmittelbare Abſicht nur auf das geringere Vergehen gerichtet, dieſe aber auf ſolche Weiſe ins Werk geſetzt war, woraus auch ein gefährlicherer, dem Verbrecher bekannter Erfolg entſtehen konnte, dieſem eben darum auch der letztere, wenn er wirklich eintrat, zuzurechnen, und zwar aus andern Gründen, als womit man die (unrichtige) Vermuthung des böſen Vorſatzes überhaupt zu rechtfertigen geſucht hat. In dieſem Sinne verfügt das Baierſche Strafgeſetzbuch Th. I. Art. 43. „Wer mit dem Vorſatze ein Verbrechen zu bewirken, eine Handlung unternommen hat, woraus eben ſo leicht ein größeres als ein geringeres Verbrechen entſtehen kann, iſt in Anſehung des daraus entſtandenen Verbrechens als vorſätzlicher Uebelthäter zu beſtrafen, und ſoll mit dem Vorwande, daß ſeine Abſicht nur auf das geringere Verbrechen gerichtet geweſen ſey, nicht gehört werden.“ Vergleiche Art. 44. Indeß kann man nicht verkennen, daß hier das allgemein zu rechtfertigende Reſultat, vorzugsweiſe durch die Präſumtion des Dolus beſtimmt worden ſey. In Beziehung auf die Faſſung jenes Art. 301. des Code pénal heißt es in dem Exposé des Motifs par le Conseiller d'Etat Faure (bei Rondonneau Corps de droit français. Tom. II. Paris 1811. 4to. P. 527.) „Il est tant de moyens que la scélératesse peut inventer, et dont l'histoire offre l'exemple, qu'il étoit indispensable de recourir à des termes généraux.“

dere ähnliche Gemüthskrankheit gefallen ist.“ Dadurch schließt es sich nur in noch größerer Einfachheit dem Preußischen Recht an, so wie auch durch den Inhalt des Art. 183, wonach die, in der Absicht zu schaden, jedoch nicht zu tödten, geschehene Beibringung von Gift, wenn sie einen vorübergehenden oder bleibenden Schaden an der Gesundheit des Körpers oder des Geistes bewirkt hat, eine 15 — 20jährige Zuchthausstrafe nach sich ziehen soll.[46])

Minder zu billigen ist die Stellung in dem neuen Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für Sachsen, wo in dem Th. II. Abschnitt 2. Capitel 2. eine Reihe von Verbrechen wider Gesundheit und persönliche Freiheit zusammengestellt werden, (z. B. Entführung, Gefangenhaltung, Raub, gefährlicher Diebstahl, Erpressung, Störung des Hausfriedens und des öffentlichen Gottesdienstes), an welche §. 526 — 528. sich das Verbrechen der Zerrüttung der Geisteskräfte und Verhinderung der Entwikkelung derselben anschließt. Die hievon handelnden Stellen machen auf den Unterschied von dolus und culpa nicht aufmerksam: sie nennen nur das Faktum, den Erfolg, ohne auch, wie die andern erwähnten Gesetzgebungen thun, über die Art und Weise, wie derselbe herbeigeführt werde, durch körperliche Mißhandlung, Vergiftung ꝛc. oder welches sonstige Benehmen, etwas zu bemerken; indeß müßte man wohl, wenn die Strafe nur relativ bestimmt wäre, sich an die in diesem Entwurfe aufgestellten allgemeinen Grundsätze halten, und alle Gründe des subjektiven und objektiven Thatbestandes und besondern Falles in Verbindung berücksichtigen.

Der Art. 526. lautet aber:

„Wer einen Andern in den Zustand eines dauernden Wahnsinns versetzt, oder die Entwicklung der Geisteskräfte eines

46) Eben so in dem Note 44. angeführten Entwurfe von Strombeck ꝛc. Art. 375.

Kindes hindert, und verursacht, daß solches zu dem Gebrauch derselben nicht gelangen kann, der hat 10 Jahr Zuchthausstrafe zu erwarten."

und es ist also sogar ein absolut bestimmtes Strafgesetz vorhanden, welches sich hier weder nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit, noch der Strafgesetzgebungs-Politik vertheidigen läßt. Ohne die früher gemachten Einwendungen zu wiederholen, wird das Unzureichende dieser Bestimmung einleuchten, und nicht minder schwankend sind die Grundsätze des Art. 527:

„Das Zerrütten und Verhindern der Entwickelung der Geisteskräfte eines Andern in einem geringern Grade, da z. B. bloß die Fassungs- oder Urtheilskraft, oder das Gedächtniß geschwächt worden ist, wird mit Zuchthausstrafe von 2 bis zu 6 Jahren bestraft.[46 b)]

Lassen wir andere neuere und ältere Entwürfe bei Seite die hierüber nichts, was einen neuen Gesichtspunkt gestattet, enthalten, oder des Falles gar nicht gedenken, wie z. B. der von Jacob übersetzte Criminal-Codex für das

46 b) Wie schwer wird es seyn, diese zum Thatbestand erforderlichen Momente, die von so vielen andern psychischen Bedingungen abhängen, gehörig herzustellen, und es wird hier dem Sachkenner eine nicht gut zu lösende Zumuthung gemacht. Praktisch wird es stets darauf ankommen, welche zuzurechnende Handlung der Verbrecher mit ihren Folgen zu vertreten habe, aber wenn ein Fall so, ohne diese Grundlagen selbstständig hingestellt wird, so haben wir wieder ein Beispiel, wie nachtheilig solche mehr theoretische Operationen des Losreißens einzelner Resultate von ihren Bedingungen wirken können. Mag z. B. nach diesen Artikeln, indem man den Thatbestand leicht als begründet annimmt, eine schnelle Verurtheilung, oder, wie es eher der Fall seyn wird, bei der Behauptung der Unerweislichkeit der Prämissen eine Freisprechung erfolgen, so ist in beiden Fällen, weder der Gerechtigkeit noch dem neben ihr sich geltend machenden politischen Princip Genüge geleistet.

Ruſſiſche Reich,[47]) und verweilen wir noch ſchließlich bei dem von Erhard entworfenen Geſetzbuch für Sachſen,[48]) welches nicht nur die genannten, ſondern auch mehrere der in der allgemeinen Erörterung betrachteten, in den legislativen Arbeiten ſonſt übergegangenen Fälle, mit großer Ausführlichkeit behandelt.

Nachdem die Verbrechen wider die Geſundheit in einer eignen (der zweiten) Abtheilung des zweiten Theiles abgehandelt worden, wird die dritte Abtheilung den Verbrechen wider die Geiſteskräfte gewidmet, und ſchon durch dieſe Trennung und ganz ſelbſtſtändige Stellung manche Bedenklichkeit erregt. In drei Titeln wird nun §. 949 — 986. von dieſen Verbrechen gehandelt. Man verkennt dabei nicht die Vorliebe, mit welcher Erhard eine Lehre, bei deren theoretiſcher Begründung er ſelbſt thätig geweſen war, auch legislativ eigenthümlich darzuſtellen ſucht. Es würde zu weit führen, alle einzelnen Artikel ſeines Entwurfs mit einer Kritik zu begleiten. Wir bemerken nur, daß er als Objekt des Verbrechens in Art. 950. b. angiebt: die höhern Vermögen des Verſtandes, der Faſſungs- und Urtheilskraft und die niedern Seelenkräfte; das Vorſtellungsvermögen; das Gedächtniß u. die Einbildungskraft", und, wenn einmal ſo weit gegangen werden ſollte, auch mit Recht die verhinderte Entwikkelung des ſittlichen Gefühls hieher rechnet. Welche Einwendungen ſich übrigens von dem philoſophiſchen

47) Criminal-Codex für das Ruſſiſche Reich von der Kaiſerlichen Geſetzgebungs-Commiſſion entworfen und nach erfolgter Genehmigung der geſetzgebenden Abtheilung des Reichsrathes zum Druck befördert. Aus dem Ruſſiſchen überſetzt. Halle 1818.

48) Entwurf eines Geſetzbuchs über Verbrechen und Strafen für die zum Königreiche Sachſen gehörigen Staaten — gefertigt v. C. D. Erhard. Gera und Leipzig 1816.

Standpunkte aus gegen diese Unterscheidungen machen lassen, möge hier übergangen und nur auf die Schwierigkeit eines Beweises des Thatbestandes aufmerksam gemacht werden, der dann freilich durch Vermuthungen begegnet wird. Zunächst hilft dabei die hier ausdrücklich in Bezug genommene Bestimmung des Art. 845.

„Jeder Nachtheil für Sinne und Gesundheit, der durch vorsätzliche verbrecherische Vergiftung verursacht wird, soll, so groß er auch seyn möge, so bestraft werden, als wäre er unmittelbar beabsichtigt.“

Die durch Einsperrung, Wegsetzung, Verstümmelung, oder auf irgend eine Weise absichtliche Versetzung eines Kindes in einen Zustand, durch welchen dessen Entwickelung zum vernünftigen Wesen gänzlich verhindert wird, soll mit Lebensstrafe geahndet werden (Art 955.). Dabei wird aber eine Erörterung für nothwendig erklärt, ob das Kind zur Zeit des Verbrechens zur Geistes-Entwickelung fähig war (Art. 956.). Gewiß eine schwierige Untersuchung, wenn sie mit der Sicherheit ein Resultat geben soll, wonach man mit Gerechtigkeit auf eine Lebensstrafe erkennen kann. Aber auch hier hilft wieder eine zwar in sich consequente Präsumtion dieser Fähigkeit, die aber wieder durch Ausnahmen, die doch auch nicht in jedem Fall sofort als solche gelten dürften, aufgehoben, und wodurch die Sache unbestimmt wird. Der Art 957. verfügt nehmlich:

„Bei jedem noch so zarten Kinde wird dessen Fähigkeit zur Entwicklung seiner Geisteskraft vorausgesetzt, sobald sich an ihm kein Merkmal einer nicht vorhandenen, oder nicht vollständigen Entwickelungsfähigkeit entdecken läßt.“ [49])

49) Der Art. 957. lautet weiter: „Unter diese Merkmale gehören vorzüglich: der Wasserkopf, fort-

Anderer in folgenden Artikeln erwähnten Schwierigkeiten nicht zu gedenken, heben wir die Bestimmung des Art. 964. hervor, wonach bei Kindern welche erweislich Anlage zum Wahn- oder Blödsinn haben, den Verbrecher die ordentliche Strafe nicht treffen soll, sondern seine Strafbarkeit nach dem Grade des gestifteten Schadens und „derjenigen Geistes-Entwickelung bemessen werden soll, zu welcher das Kind, ungeachtet seines krankhaften Zustandes, noch fähig gewesen seyn würde.“

Wäre es möglich diese Voraussetzungen auszumitteln, so könnte man consequent allerdings zugeben, daß wo solche Fähigkeit nicht, oder nicht völlig vorhanden, auch das Verbrechen nicht vollständig möglich wäre; allein man könnte einwenden, daß auch an einem Todtkranken doch ein Verbrechen der Tödtung begangen werde: und vor allem muß die Möglichkeit, die hier geforderten Beweise zu liefern, gänzlich in Abrede gestellt werden. Und, wie zufällig und ungerecht ist die Art. 965. 966. gemachte Unterscheidung, ob das verletzte Kind vor oder nach dem 14ten Jahr stirbt? Wir müssen diesen Theil des Entwurfs, ohneracht der darauf verwendeten Sorgfalt, für gänzlich mißlungen erklären, und können ihm nicht die Anerkennung zu Theil werden lassen, die den zweckmäßigen einfachen Bestimmungen des Baierischen Strafgesetzbuchs gebührt. Vollen Beifall verdienen aber die Bestimmungen der Art. 967 — 970. über die moralische und sittliche Verführung, wenn Jemand Kinder mit Lastern und Schandthaten bekannt macht, zur Wollust verleitet ꝛc., besonders wenn Aeltern, Erzieher, Vorgesetzte ꝛc. sich solchen Frevels schuldig machen. Wir finden aber den

---

dauernde und nicht blos zufällige Epilepsie und wesentliche Mängel an den Gesichts-, Gehörs- oder Sprachwerkzeugen.“ Hierüber läßt sich nicht nur vom ärztlichen Standpunkte aus manches bemerken.

Grund der Strafbarkeit in der Nothwendigkeit der Berücksichtigung des Sittlichen, im Strafrecht, und haben schon früher des Gesichtspunktes gedacht, unter welchen diese Verbrechen aufzufassen sind. [50])

---

50) Auch diese Rücksichten hat das Römische Recht nicht unbeachtet gelassen, indeß werden sie in den Quellen vornehmlich nur bei Sklaven erwähnt, und so wie eine nachtheilige Einwirkung auf deren Gesinnung, als eine Privatbeschädigung betrachtet, indem dadurch auch der äußere und Sachwerth des Sklaven vermindert wird, so werden auch nur privatrechtliche Mittel hier gestattet. Die Hauptquelle ist hier der Digestentitel de servo corrupto (XI. 3.) aus welchem ich zur Bezeichnung des uns interessanten Gesichtspunkts einige der wichtigsten Stellen hervorhebe. L. 1. pr. (Ulpian. libro 23 ad Edictum.) Ait Praetor: Qui servum, servam, alienum, alienam, recepisse, persuasisseve quid ei dicetur dolo malo quo eum eam, deteriorem faceret, in eum, quanti ea res erit, in duplum judicium dabo. — §. 3. — Qui igitur servum sollicitat ad aliquid faciendum, vel cogitandum improbe, hic videtur hoc edicto notari. §. 4. Sed utrum ita demum tenetur, si bonae frugi servum perpulit ad delinquendum, an vero et si malum hortatus est, vel malo servo monstravit, quemadmodum faceret? Et verius est, etiam si malo monstravit, in quem modum delinqueret, teneri eum. Immo et si erat servus omnimodo fugiturus, vel furtum facturus, hic vero laudator huius propositi exstitit, tenetur; non enim oportet laudando augeri malitiam. Sive ergo bonum servum fecerit malum, sive malum fecerit deteriorem, corrupisse videbitur §. 5. Is quoque deteriorem facit, qui servo persuadet, ut injuriam faceret, vel furtum, vel fugeret, vel alienum servum ut sollicitaret vel ut peculium intricaret, aut amator existeret, vel erro, vel malis artibus esset deditus, vel in spectaculis nimius, vel seditiosus, vel si actori suasit, verbis sive pretio ut rationes dominicas intercideret, vel adulteraret, vel etiam, ut rationem sibi commissam turbaret. L. 2. D. eod. (Paulus libro 19 ad Edictum.) Vel luxuriosum, vel contumacem fecit, quive ut stuprum pateretur persuadet. (L. 3. Ulp. lib. 23. ad Edictum.) Dolo malo adjecto calliditatem notat Praetor eius, qui persua-

Nach dem Resultat unserer Untersuchung, welche im Allgemeinen eine Rechtfertigung des gemeinen Rechts zum

det. Ceterum si quis sine dolo deteriorem fecerit, non notatur, et si lusus gratia fecit, non tenetur. — Hieran schließen sich Fälle eines dadurch verursachten äußern Schadens, wo eine utilis legis Aquiliae actio für rathsamer ausgegeben wird. L. 3. §. 1. L. 4. D. eod. L. 15. D. (Gaius libro 6. ad Edictum provinciale) — Corrumpitur animus servi, et si persuadeatur ei, ut dominum contemneret. Vgl. damit den Tit. D. de aedilitio edicto; besonders L. 1. §. 8 — 11. L. 2. 3. 4. L. 17. 18. 19. Aber in dem Titel de servo corrupto finden sich auch Beziehungen auf die Verführung freier Personen, jedoch wieder nur so, daß ein privatrechtlicher Gesichtspunkt aufgefaßt wird. Mittelbar gehört hierher L. 5. §. 1. l. c. (Ulp. l. c.) Si quis dolo malo persuaserit quid servo, quem liberum putabat, mihi videtur teneri eum oportere; magis enim delinquit, qui liberum putans corruperit, et ideo si servus fuerit, tenebitur. Unmittelbar aber handelt von Freien die L. 14. §. 1. D. l. c. (Paulus libro 19. ad Edictum.) De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, et qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate et fama domus integra manente; sed utilis competit, officio judicis aestimanda, quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi. Auch bietet die Vergleichung von Gaius Comm. III. §. 198. (s. auch §. 8. J. de obligat. quae ex delicto) mit L. 20. Cod. de furtis et servo corrupto einen interessanten Gesichtspunkt. Die beiden Stellen mögen hier Platz finden: — Unde illud quaesitum est, cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret (et servus) id ad me pertulerit, ego (autem) cum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo, quasdam res ad eum perferre: utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius mihi, an neutro. responsum, neutro eum teneri: furti ideo, quod non invito me res contrectaret; servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non est. — Imp. Justin. a. 530. Si quis servo alieno suaserit, ut aliquam rem domini sui surriperet, et ad se deferret, servus autem hoc domino manifestavit, et domino

Gegenstand hat, liegt es außer unserm Plane, darüber weitere Erörterungen folgen zu lassen, ob und wie fern die Strafbestimmungen angemessen seyen, welche von den Verfassern neuerer Entwürfe, welche diese Klasse von Verbrechen selbstständig behandeln, hiefür angenommen sind; namentlich wollen wir hier, in einer allgemein gehaltenen Darstellung, die Behauptung, daß vorsätzliche Vernunftberaubung, (wenn sie überhaupt als solche und selbstständig möglich ist,) der Tödtung gleich zu strafen sey, da es hier doch immer auf die besondern Umstände des Falles ankommt, unbedingt weder bejahen noch verneinen.[51])

---

concedente, res eius ad iniquum huiusmodi suasionis auctorem pertulerit, et ipse inventus fuerit, rem detinens: quali teneatur actione is, qui res suscepit, utrumne pro occasione furti, an pro servo corrupto, quia eum corrumpere voluerit, an non solum furti, sed etiam servi corrupti is obligetur, veteres dubitaverunt? Nobis itaque eorum altercationes decidentibus placuit, non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dari: licet enim servus minime deterior factus est, tamen consilium corruptoris, ad perniciem probitatis servi introductum est, et quemadmodum secundum juris regulas furtum quidem non est commissum, quia videtur furtum committere, qui contra domini voluntatem res eius contrectat, ipse autem furti actione propter dolum suum tenetur: et ita servi corrupti contra eum actio propter suum vitium non abs re extendatur, ut sit ei poenalis actio imposita tanquam re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex huiusmodi impunitate, et in alium servum qui (facile) possit corrumpi, hoc facere pertentet. Man sieht unter andern, daß sich hier, gegenüber der ältern privatrechtlichen Bestimmungsweise, ein mehr selbstständiger, strafrechtlicher und politischer Gesichtspunkt geltend macht, dessen Würdigung nach einer andern Seite, — nehmlich der hie und da in den Quellen ausgesprochenen politischen Gründe und Zwecke der Strafe — dem Gegenstand dieser Untersuchung ferner liegt. Vgl. Wächters Lehrbuch §. 175. Not. 80

51) Sehr gute Erinnerungen macht hier Salchow a. a. O. S. 55 ꝛc.

Nur dieß dürfen wir schließlich bemerken, daß eine wissenschaftliche umfassende Bearbeitung des gemeinen Rechts und seiner Grundlagen, eine richtige Einsicht in die Reichhaltigkeit seiner Principien und deren inneren Zusammenhang, nicht allein der Theorie, sondern auch der Praxis und Gesetzgebung von dem unmittelbarsten Nutzen, und viele oft unbillige Vorwürfe über dessen Mängel und Unangemessenheit zu entfernen geeignet sey.

Nachträge
zur zweiten Abhandlung.

Während die letzten Bogen des Manuscripts dem Drucke übergeben sind, und die zweite Abhandlung bereits fertig gedruckt war, erhalte ich den dritten Band von Herrn Dr. E. Gans Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Bei der von demselben stets berücksichtigten Verbindung des Familien-Rechts mit dem Erbrechte war es zu erwarten, daß über väterliche Gewalt, Ehe ꝛc. manche Aufschlüße aus fremden, mir nicht zugänglichen Quellen des Rechts der romanischen Völker gegeben und diese auch für den Gegenstand der zweiten Abhandlung lehrreich seyn würden. Wenn diese meine Erwartung sich erfreulich bestätigt fand, und ich es daher auf der einen Seite bedauern muß, früher von dieser verdienstlichen Arbeit nicht haben Gebrauch machen zu können, so ist es mir auf der andern lieb, meine Resultate ganz unabhängig gewonnen zu haben. So wie ich aber diese wichtige literärische Erscheinung nicht unbeachtet laßen darf und daher dieses nachhole, so kann ich denn nun auch bemerken, daß ich nichts gefunden, was mich zur Zurücknahme irgend einer Behauptung nöthigte. Auch sind die Beziehungen nicht directe auf die Quellen, mit denen ich mich beschäftigte, da namentlich das Germanische Recht in diesem Theile noch nicht erörtert ist. Aber man wird mit Interesse dieselbe geschichtliche Erscheinung, nur in nothwendig anderer Gestalt, rücksichtlich allmähliger Beschränkung, früherer

Tödtungsbefugniße bei den italischen Stämmen, den Spaniern und Portugiesen, finden, *) wie ich sie für meinen Zweck nachzuweisen gesucht habe, und dem Kenner werden die Spuren des oft mißverstandenen, oder aus verschiedenen Gründen modificirten, oder zurückgedrängten römischen oder germanischen Rechts nicht entgehen.

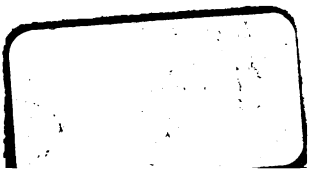
Endlich füge ich noch bei, daß aus der Diss. **) von Herrn J. M. Kalthoff: Jus matrimonii veterum Indorum cum eodem Hebraeorum jure subinde comparatum. Bonnae. 1829. die §§. 29. 31. 36. über das dem Mann im Verhältniß zu der Frau zustehende Hausgericht, zu vergleichen, und daß aus dem so eben mir zugekommenen 1sten Stücke des XIten Bandes des neuen Archivs des Criminal-Rechts die Abhandlungen I. IV. und VI. bei der Literatur meiner zweiten nachzutragen sind.

---

*) Man vergleiche besonders aus der angeführten Schrift S. 89. 536 ꝛc. 541 ꝛc. 571 ꝛc. 403. 431. 459. Eines Falles erlaubter Tödtung nach dem Spanischen Rechte des Mittelalters Partida IV. Tit. XV. Ley. 8., der ganz eigenthümlich ist, und auf der Grundlage väterlicher Gewalt beruhend, durch die hinzu tretende Voraussetzung eines Nothstandes gerechtfertigt wird, erwähne ich mit die Worte des Verfassers: „Wenn der Vater für seinen Lehnsherrn ein Schloß zu vertheidigen hat, dem es an Lebensmitteln fehlt, so soll er sogar die Befugniß haben, seinen Sohn zu essen, wenn es Noth thut.“ a. a. O. S. 431.

**) Zu dem, was §. 107. 115. ausgeführt ist, kann jetzt noch eine erfreuliche Bestätigung nachgetragen werden. Gegen die K. Schwedische Proposition, die Gefangenwächter zu ermächtigen, auf Flüchtlinge zu schießen, haben sich auf dem Reichstage zu Stockholm 1829 die Deputirten des Bauernstandes, Niels Märsen und Rutberg, mit einem eben so richtigen und unbefangenen als gründlichen Sinn erklärt.

Folgende Verbesserungen wolle der Leser berücksichtigen, andere kleinere Druckfehler geneigtest selbst verbessern.

S.	40	Z. 6	statt: messen	lies: ermessen.
—	54	‚ 14	— den	— dem.
—	71	‚ 20	— qui	— quia.
—	82	‚ 11	— nicht alternativen	— relativen.
—	87	‚ 2	— interrecinum	— internecinum.
—	91	‚ 12	— ist	— sind.
—	92	‚ 11 v. u.	— confessoribus	— confessionibus.
—	94	‚ 19	statt wissenschaftlich	— wissentlich.
—	95	‚ 2 v. u.	— Beziehungen	— Bezeichnungen.
—	96	‚ 9	— Widerruflichkeit	— Widerrechtlichkeit
—	121	Mitte	— §. 20	— §. 19.
—	124	‚ 1	— wo	— wie.
—	166	‚ 10	ist und zu streichen.	
—	199	‚ 12	— Taafel G.	— Tafel G.
—	327	‚ 20 v. u.	— lauter	— meistens.
—	350	‚ 18	— fido	— fide.
—	361	‚ 4	— geringen	— geringeren.
—	389	‚ 3 v. u.	— einer	— eine.
—	391	‚ 14 v. u.	— Cor.	— Comm.
—	423	‚ 11	— 687	— 867.

JUN 9 - 1930